

CECILIA CABALLERO LOIS

**A RENOVACÃO DA CIÊNCIA DO DIREITO NO
PENSAMENTO
DE ANTONIO HERNÁNDEZ GIL**

**ILHA DE SANTA CATARINA
1993**

CECILIA CABALLERO LOIS

**A RENOVAÇÃO DA CIÊNCIA DO DIREITO NO PENSAMENTO
DE ANTONIO HERNÁNDEZ GIL**

*Dissertação apresentada como
requisito parcial à obtenção
do grau de Mestre. Curso de
Pós-Graduação em Direito.
Centro de Ciências Jurídicas.
Universidade Federal de Santa
Catarina.*

**Orientador: Prof. Dr. Leonel
Severo Rocha**

ILHA DE SANTA CATARINA

1993

CECILIA CABALLERO LOIS

**A RENOVÇÃO DA CIÊNCIA DO DIREITO NO PENSAMENTO
DE ANTONIO HERNÁNDEZ GIL**

**Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção
do grau de mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina, pela Comissão
formada pelos professores:**

**Orientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha
Curso de Pós-Graduação em Direito,
CCJ, UFSC**

**Prof. Msc. Maurício Batista Berni
Curso de Pós-Graduação em Direito,
CCJ, UFSC**

**Prof. Msc. Luiz Ernani B. de Araújo
Curso de Pós-Graduação em Direito,
CCJ, UFSC**

Orientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

Coordenador do CPGD-UFSC: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

ILHA DE SANTA CATARINA, 12 de dezembro de 1993

*De onde ela vem?! De que matéria bruta
Vem essa luz que sobre as nebulosas
Cai de incógnitas criptas misteriosas
Como as estalactites duma gruta?!*

(A Idéia, Augusto dos Anjos)

*A meus pais,
Carmen e José.*

AGRADECIMENTOS

Este trabalho é resultado do apoio e da presença muito especial de várias pessoas:

Nicolás e Sebastian, pelas coisas boas que só os irmãos podem trazer.

Consuelo e Blanca, pelo seu carinho e ajuda incondicional.

Carlos Magno, pois seu apoio e incentivo (tão amoroso) foram determinantes em todos os momentos.

Luis Alberto Warat, Luis Ernani B. de Araújo, José Alcebiádes de Oliveira Jr. e Maurício Batista Berni, por me ensinarem as primeiras linhas do direito que não se aprende na escola.

Enrique Zuleta Pucero, pela colaboração decisiva no trabalho.

Marilza, Celso e Cláudia, que fizeram muito mais feliz minha passagem pela ilha.

Carlinhos e Ana Paula, pela presença amiga e imprescindível em todas as horas.

Bedin, João Alexandre, João Augusto, Kátia, Letícia, Luciane e Vera, pelos bons momentos.

Léo, Alice, Nilcéia e Pimentel, pela amizade e incentivo.

Marco Aurélio Biermann Pinto, pela ajuda nos momentos finais.

Kátia Folchini Cesca, pelo seu empenho e colaboração inestimável na digitação.

A **Secretaria do CPGD**, pelo apoio (não só) administrativo.

Ao **CNPq**, pelo auxílio financeiro.

Finalmente, **Leonel Severo Rocha**, que mais do que orientador, foi amigo; e muito mais que amigo foi quem fez da realidade uma utopia perfeita. Para ele, todo meu carinho e admiração.

SUMÁRIO

RESUMO	ix
RESUMEN	x
INTRODUÇÃO	01

CAPÍTULO I

"AS PREOCUPAÇÕES METODOLÓGICAS: CONCEPÇÕES FUNDAMENTAIS NO DIREITO"

1.1. O Método Jusnaturalista	15
1.1.1. O Jusnaturalismo Escolástico	15
1.1.2. O Jusnaturalismo Racionalista	17
1.1.3. Gil e o Jusnaturalismo	20
1.2. O Método Normativista/Positivista/Dogmático	23
1.2.1. Savigny e a Escola Histórica	23
1.2.2. Jhering e a Jurisprudência dos Conceitos	27
1.2.3. Kelsen e o Neopositivismo	30
1.2.4. A Posição de Gil	36
1.3. O Método Sociológico	38
1.3.1. O Sociologismo Jurídico	38
1.3.2. A Revisão Crítica do Sociologismo por AHG	42

CAPÍTULO II

"AS PREOCUPAÇÕES EPISTEMOLÓGICAS: A CIÊNCIA JURÍDICA TRADICIONAL"

2.1. A Revisão da Ciência Jurídica	48
2.2. O Conceito de Direito	52
2.3. A Dogmática Jurídica	57
2.3.1. Considerações Gerais	57
2.3.2. Os Traços Definitórios	60
2.3.3. O Problema do Objeto	62

CAPÍTULO III
"ESTRUTURALISMO E DIREITO"

3.1. Considerações Gerais	71
3.2. Saussure	73
3.3. Claude Lévi-Strauss	82
3.4. Conceito de Estrutura e Estruturalismo	89
3.5. Estruturalismo Jurídico	93
3.6. Aplicação do Método Estrutural ao Direito	95
CONSIDERAÇÕES FINAIS	104
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	112

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a teoria jurídica de Antonio Hernández Gil, a partir de uma (re)leitura de vários autores deste campo do saber jurídico, bem como da semiologia e do estruturalismo. Tal método deriva do fato de Gil realizar uma abordagem do direito a partir de duas perspectivas distintas: uma metodológica e outra epistemológica, com vistas à transformação da ciência jurídica e a procura da especificidade do direito. Para tanto, ele realiza uma retrospectiva das concepções fundamentais do direito (jusnaturalismo, positivismo e sociologismo). Neste momento, embora Gil declare sua opção pelo sociologismo, fica claro que o método que considera primordial é o jusnaturalista pois é somente este que ressalta o conteúdo do direito, ou seja, a justiça e a filosofia do direito. No capítulo II realizamos uma abordagem dos conceitos fundamentais na obra de Antonio Hernández Gil. Destacamos o conceito de realização do direito, de ciência jurídica e as suas preocupações para com o estado atual da mesma, bem como a idéia do autor de transformá-la de forma urgente. O capítulo III apresenta a proposta de transformação e renovação da ciência jurídica elaborada por Antonio Hernández Gil. Inicialmente, traz as idéias de Saussure e Lévi-Strauss pois representam a matriz do estruturalismo, método usado pelo autor para atingir seus objetivos. Logo após, são desenvolvidos os conceitos de estrutura e estruturalismo, para finalmente, demonstrar como seria a ciência jurídica estrutural para o autor. Nas considerações finais oferecemos alguns comentários críticos sobre a obra de Gil e sobre questões que permanecem em aberto, podendo, ainda, ser discutidas.

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto analizar la teoría jurídica de Antonio Hernández Gil a partir de una (re)lectura de varios autores de este campo del saber jurídico, así como de la semiología y del estructuralismo. Tal método deriva del hecho de Gil realizar un abordaje del derecho a partir de dos perspectivas distintas: metodológicas y epistemológicas, con vista a la transformación de la ciencia jurídica y la búsqueda de la especificidad del derecho. Para ello, él realiza una retrospectiva de las concepciones fundamentales del derecho (jusnaturalismo, positivismo y sociologismo). En este momento, aunque Gil declare su opción por el sociologismo, queda claro que el método que considera primordial es el jusnaturalismo, pues es sólo éste que resalta el contenido del derecho, se preocupa con la justicia y la filosofía del derecho. En el capítulo II realizamos un abordaje de los conceptos fundamentales en la obra de Antonio Hernández Gil. Destacamos su concepto de realización del derecho, de ciencia jurídica y sus preocupaciones con el estado actual de la misma, así como la idea del autor de transformarla de forma urgente. El capítulo III presenta, inicialmente, las ideas de Saussure y Lévi-Strauss, porque representan para Gil la matriz del estructuralismo, que será la propuesta transformadora de la ciencia jurídica; los conceptos fundamentales y finalmente cómo sería construida la ciencia jurídica estructural. En las consideraciones finales ofrecemos algunos comentarios críticos sobre la obra de Gil, cuestiones que permanecen abiertas y pueden ser discutidas.

INTRODUÇÃO

"Existe uma corrente de pensamento, constituída por componentes dos mais diversos matizes ideológicos, desde as correntes marxistas do chamado "Direito Alternativo" aos juristas de "direita" de Carl Schmitt (ligados aos governos que ignoram as leis), que negam a importância do estudo e da pesquisa da Teoria Jurídica Contemporânea, sob a alegação de que o direito é apenas um "instrumento da política". (1)

O presente trabalho constitui uma incursão pela Teoria Jurídica Contemporânea, especialmente, por aquela que se desenvolve na Espanha, a partir da obra de Antonio Hernández Gil. E, ainda, uma (re)leitura de outros vários autores e posturas teóricas ligadas a este âmbito do saber jurídico, que contribuam para a elucidação do trabalho do referido autor.

É objetivo da dissertação, além de apresentar o pensamento de Antonio Hernández Gil, demonstrar, com ele e além dele, que a ciência jurídica detém uma enorme importância como matéria específica (aquela que versa sobre o estudo do direito). Ao mesmo tempo, parece inegável que sua trajetória segue, na maioria das vezes, pelos caminhos que a ciência e a política vem percorrendo ao longo da

história ocidental, sendo ofuscada, assim, sua especificidade.

A obra de Gil, querendo contribuir para o esclarecimento deste debate, busca realizar uma análise do estado atual da jurisprudência, à luz dos paradigmas epistemologicamente dominantes, sem perder a singularidade do saber jurídico, e visando à sua transformação.

Antonio Hernández Gil é um jurista espanhol contemporâneo, cuja obra foi escrita, aproximadamente, entre o começo dos anos 50 e o final dos anos 70. Suas preocupações teóricas encontram-se dirigidas, fundamentalmente, **aos problemas metodológicos e epistemológicos da ciência jurídica**, embora tenha se dedicado de forma incansável, também, ao estudo do Direito Civil, Constitucional e Administrativo.

Sua principal obra é **Metodología de la Ciencia del Derecho** (02), na qual ele expõe, ao longo dos seus três volumes, as concepções e os métodos jurídicos tradicionais, suas várias correntes de pensamento, a projeção que alcançam no direito e, ainda, as novas evoluções das posições metodológicas e epistemológicas, as quais define como a tensão existente entre formalismo e anti-formalismo.

A presente dissertação não pretende esgotar todas as possibilidades de trabalho na obra de Gil. Desenvolvendo-se, a partir dos seguintes textos: *Metodología de La Ciencia del Derecho (em seus 3 volumes)*, *Estructuralismo y Derecho (organizador)* (03), *Problemas Epistemológicos de la Ciencia Jurídica* (04) e *La Ciencia Jurídica Tradicional y su Transformación* (05).

A escolha destas obras não é aleatória, justificando-se por estar nelas inserido o nosso campo de interesse e os de Antonio Hernández Gil: suas preocupações metodológicas e epistemológicas para com a ciência jurídica.

Com o objeto de trabalho delimitado neste campo, a *dissertação será articulada através de três capítulos, obedecendo à evolução do seu pensamento, que, da forma como ele próprio explicita, divide-se em três etapas distintas*. O primeiro, que corresponde também à primeira *etapa* de sua obra, é constituído por suas *preocupações metodológicas*. O segundo, correspondente às suas preocupações epistemológicas, abrangendo a segunda etapa. Já o terceiro capítulo analisa as relações entre o estruturalismo e o direito, totalizando a sua terceira etapa.

As três fases de Antonio Hernández Gil são: *acrítica, crítica e superação da crítica*. Na primeira fase, Gil não questionava a ciência jurídica, apenas lhe

interessavam seus métodos. Advogado militante, naquele momento sua inclinação teórica era pelo sociologismo. Na segunda fase, suas preocupações centram-se na ciência jurídica e nos seus problemas epistemológicos enquanto saber autônomo. A especificidade (ou a falta desta) na ciência jurídica são o assunto neste momento. A terceira fase, ou a superação da crise, inicia-se com a influência, sobre Gil, das teses estruturalistas e seus resultados. Gil aprecia estes resultados e tenta transferi-los para a ciência jurídica como forma de solução dos seus problemas epistemológicos. É o momento chave na sua obra.

O capítulo I - *As preocupações metodológicas e os métodos da Ciência do Direito* - (as concepções fundamentais do direito) encarregar-se-á dos chamados *métodos tradicionais*. A partir das *três concepções fundamentais do direito*, conforme Gil a concepção filosófica (correspondente ao direito natural), a concepção positivista-normativista (correspondente as teorias "puras" e/ou dogmáticas sobre o direito) e a concepção histórico-sociológica-realista (correspondente às correntes positivistas não normativas), realizar-se-á um trabalho de apresentação das idéias e problemas vinculados a estas concepções e métodos.

Consoante o plano de trabalho já apresentado, serão trabalhadas, em linhas gerais, as obras consideradas fundamentais a cada concepção e consideradas como expoentes

de sua referida escola. Assim, além de Gil, buscar-se-á uma (re)leitura de autores vistos como "clássicos", quando o assunto é metodologia da Ciência do Direito, tais como Savigny, Jhering, Kelsen, entre outros. O objetivo, porém, encontra-se em explicitar ao máximo as idéias e as críticas de Gil sobre cada concepção fundamental por ele desenvolvida.

As obras básicas deste capítulo são: Metodología del Derecho e sua segunda edição revisada e ampliada Metodologia de la Ciencia del Derecho (Vol I).

As preocupações epistemológicas (a ciência jurídica tradicional) de Antonio Hernández Gil estarão relatadas no capítulo II. Esta parte, representa, na obra do jurista, *o início de suas preocupações com a ciência jurídica*. Assim, Gil abandona os problemas de metodologia da ciência jurídica para dedicar-se aos *problemas sobre o conhecimento da ciência jurídica*.

Partindo de uma análise da ciência jurídica tradicional, concebida sob o paradigma da dogmática, o autor propõe uma necessidade urgente de transformação da mesma sob uma perspectiva renovadora. Segundo Gil, é necessário saber como este tipo de ciência opera, para atribuir-lhe as suas características e o seu lugar neste âmbito do saber.

Desenvolve-se, assim, uma análise da concepção de Gil sobre a jurisprudência atual.

O capítulo III encontra-se, também, no âmbito das preocupações epistemológicas de Antonio Hernández Gil e intitula-se Estruturalismo e Direito. Surge a partir das obras Metodología de la Ciencia del Derecho (Vol II), na qual a maior parte é dedicada à tentativa de construção de uma ciência estrutural do direito, e Introducción al Estudio del Estructuralismo y el Derecho, incluído em Estructuralismo y Derecho, da qual Gil é organizador.

Para a consecução deste capítulo, inicialmente, serão trabalhadas algumas idéias de Saussure e Lévi-Strauss, autores utilizados por Gil para iniciar o desenvolvimento de sua proposta.

Serão apresentados, também, os traços e os conceitos fundamentais do estruturalismo usados por Gil, para deslocá-los até o direito. A dissertação vai analisar as possibilidades levantadas para a construção de *um Estruturalismo Jurídico como proposta de renovação metodológica da ciência jurídica*.

As obras fundamentais para este capítulo são: La Ciencia Jurídica Tradicional y Su Transformación, Problemas

As considerações finais, estarão limitadas ao conjunto das idéias apresentadas ao longo do desenvolvimento, procurando oferecer alguns comentários pessoais e críticos sobre a obra de Gil. Contudo, **a intenção será demonstrar o caráter inicial e aberto do nosso trabalho** que, já se pode adiantar, não pretende encerrar as possibilidades de discussão sobre a obra e as idéias do autor espanhol e, ainda menos, sobre a Teoria Jurídica Contemporânea.

O método utilizado será o indutivo. Pode-se dizer que este trabalho será desenvolvido com a utilização da técnica de pesquisa bibliográfica, nas áreas de Teoria Jurídica Contemporânea, Epistemologia, Linguística e Filosofia da Linguagem, a partir de Antonio Hernández Gil.

Para se obter uma melhor compreensão da obra de Antonio Hernández Gil e, por consequência, desta dissertação, faz-se necessário situar-se no contexto político-ideológico e epistemológico, o autor e sua obra. Quer-se, no entanto, ressaltar não ser este o momento de empreender uma retrospectiva histórica sobre a formação da cultura hispânica, mas apenas levantar alguns traços

significativos desta cultura que permitam esclarecer o pensamento de Gil.

A trajetória política da história do estado espanhol é, em grandes linhas, notoriamente, liberal conservadora (06). A Espanha é marcada pela decadência econômica e política com o eclipse das grandes navegações: pela recessão econômica e o fim de todos os direitos políticos, e sociais na era de Franco; e, na atualidade, pela retomada lenta e gradual do crescimento econômico com a (re)democratização do país a partir de 1975.

No campo teórico, a Espanha é condicionada pela polêmica levantada entre os "hispanizantes" e os "europeizantes" (07). Todo e qualquer debate teórico, filosófico ou jurídico não estaria completo sem referência a seus argumentos.

Os "*hispanizantes*" têm como *referencial Miguel de Unamuno*. Estes tentam resgatar a tradição espanhola rejeitada pelo resto da Europa, devido a inércia na qual se encontrava o país. Os "*hispanizantes*" insistem em valorizar o misticismo dos indivíduos espanhóis frente ao descrédito total diante da cultura européia.

Os "*europeizantes*", contrariamente, preocupam-se em trazer para a Espanha toda a riqueza da cultura

filosófica e política da Europa, para tornar o país uma verdadeira "possibilidade européia", levando-o ao centro dos debates teóricos e das instâncias de poder na Europa. O maior filósofo desta corrente, e de toda Espanha, é **José Ortega y Gasset**.

Para a Filosofia do Direito na Espanha, este teórico foi decisivo (08). Embora não se tenha dedicado de forma especial ao direito, suas idéias marcam, profundamente, a teoria jurídica espanhola.

A teoria jurídica espanhola encontrava-se imersa na profunda tradição neokantiana (09). Ortega y Gasset, inicialmente influenciado por Kant, logo rompe com esta tradição para dedicar seus trabalhos à sociologia. Quanto à Ciência Jurídica, o importante, segundo ele, é o direito vivido (10); interessando-se somente pelo **plano do ser** e a forma como o direito interfere na sociedade. Este tipo de pensamento se encontra nas bases das chamadas correntes de "Direito Alternativo", de grande repercussão na Espanha, no início dos anos 70.

A fonte principal da teoria jurídica espanhola, porém, está no jusnaturalismo. Com origem em Miguel de Unamuno e seu misticismo a Espanha, país extremamente católico, recebe forte influência de autores como **São Tomas de Aquino e Francisco Suarez**. Segundo Legaz y Lacambra

"estes influyen la creencia jusnaturalista y el derecho natural cristiano". (11) Acredita o autor existir nesta area, também, uma forte influência da corrente "hispanizante". Devido aos jusnaturalistas, o problema da ontologia do direito e do valor absoluto da justiça com padrão decisório tornam-se centrais na Filosofia do Direito Espanhola.

A partir destas duas tendências - a sociológica e jusnaturalista - forma-se o pensamento jurídico espanhol. São muitos os autores que participam deste processo. Os mais importantes foram: Luís Recaséns Siches, José Medina Echevarría e Luiz Legaz y Lacambra. Atualmente destacam-se Nicolás López Calera, Modesto Saavedra, Elías Días, Antonio Hernández Gil, além de tantos outros.

O autor, num primeiro momento, filia-se à posição "europeizante". Diz *ele* "... *estoy convencido de que, no sólo nuestra ciencia jurídica precisa reflexionar sobre sí, sino que los españoles no debemos regatear diezmos y primicias al patrimonio universal de la ciencia del derecho pues los necesita, precisamente por ser nuestros*" (12).

Do texto acima depreende-se a posição do autor, favorável ao resgate da cultura universal para a teoria jurídica, nos seus pressupostos fundantes. Sua avaliação sobre o jusnaturalismo comprovam a influência do Pe.

Francisco Suarez e do tomismo na forma dele conceber o direito. Sua obra demonstra, porém, que seus paradigmas teóricos de forma alguma, limitam-se a esta corrente. Gil preocupa-se somente no início de sua obra com a sociologia jurídica, com o jusnaturalismo (como filosofia) e é um crítico do direito alternativo. Logo após suas preocupações encontram-se no âmbito da Teoria Geral do Direito. Seus paradigmas **teóricos** são **liberais/democráticos**. Sua preocupação com a democracia e o "Estado de Direito" norteou sua ação incansável no processo de redemocratização da Espanha. Ele é um dos juristas mais ativos para a consecução da constituição da democracia espanhola. As polêmicas com os juristas de pensamento marxista iniciam o declínio do direito alternativo e particularizam o estudo da Sociologia em algumas universidades da Espanha. Gil traz para os centros acadêmicos espanhóis novas preocupações para a ciência jurídica, distantes daquelas que foram o centro, por tanto tempo, da discussão acadêmica na Espanha.

Antonio Hernández Gil é um marco do pensamento jurídico espanhol. A sua importância nos levou a optar por apresentar seu trabalho, como representante maior da teoria jurídica contemporânea na Espanha.

A partir deste momento, Antonio Hernández Gil, será abreviado para AHG.

NOTAS

- (01) Rocha, Leonel Severo. "Em defesa da teoria do Direito".
Revista Seqüência nº 23. Florianópolis. Ed. UFSC. Dez
1991. P. 08.
- (02) Gil, Antonio Hernández. Metodología de la Ciencia del
Derecho. Vol I. 2ª ed. Madrid, Uguina, 1971. 407 p.
- (03) Gil, Antonio Hernández. Estructuralismo y Derecho.
Madrid, Alianza Editorial, 1973. 241 p.
- (04) Gil, Antonio Hernández. Problemas Epistemológicos de
la Ciencia Jurídica. Madrid. Editorial Civitas. 1973.
129 p.
- (05) Gil, Antonio Hernández. La Ciencia Jurídica Tradicional
y su Transformación. Madrid. Editorial Civitas. 1981.
130 p.
- (06) Merquior, José Guilherme. O liberalismo. Tradução
Henrique de Araújo Mesquita. RJ. Ed. Nova Fronteira.
1991. p. 143.

(07) Mora, José Ferrater de. Ortega y Gasset. Barcelona.

Ed. Seix Barral. 1963. p. 19.

(08) Legaz y Lacambra, Luiz. Horizontes del Pensamiento

Juridico. Barcelona. Ed. Bosch. p. 344.

(09) Legaz y Lacambra. op. cit. p. 344.

(10) Legaz y Lacambra. op. cit. p. 345.

(11) Legaz y Lacambra. op. cit. p. 364.

CAPÍTULO I

"AS PREOCUPAÇÕES METODOLÓGICAS: AS CONCEPÇÕES FUNDAMENTAIS DO DIREITO"

Capítulo I

"AS PREOCUPAÇÕES METODOLÓGICAS: AS CONCEPÇÕES FUNDAMENTAIS DO DIREITO"

1.1. O Método Jusnaturalista

1.1.1. O Jusnaturalismo Escolástico

Por jusnaturalismo entende-se, comumente, aquela corrente que admite a distinção entre Direito Natural e Direito Positivo, sustentando a superioridade do primeiro sobre o segundo. Divide-se, o jusnaturalismo, por sua vez, em duas grandes correntes de pensamento distintas: o jusnaturalismo escolástico e o jusnaturalismo racionalista. Ambas afirmam que existe um direito conforme a natureza do Homem, que preexiste ao próprio direito positivo e que se impõe à humanidade.

Por jusnaturalismo escolástico entende-se um conjunto de princípios éticos, que constituem um sistema de dogmas com pretensão de validade universal, de fundo cristão. Caracteriza-se por querer atribuir ao direito pretensões de universalidade, unidade e imutabilidade, mas, fundamentalmente, por igualar a justiça ao direito, o que significa que todo o direito que não seja, para o

jusnaturalista, justo, não pode ser considerado como tal. Inclusive na hipótese de isto ocorrer, a ordem jurídica deve ser contestada, pois o jusnaturalismo considera legítima toda revolução que se volte contra a injustiça.

Seu maior expoente foi São Tomás de Aquino, sobre o qual diz AHG: "dotó al pensamiento cristiano de la más armónica de sus sistematizaciones" (01). Seu ponto crucial é o reconhecimento de três ordens de leis distintas: a lei eterna, a lei natural e a lei positiva. O objetivo de São Tomás foi harmonizá-las para que o Homem, pudesse viver de acordo com o bem e a sabedoria divina. Tomás de Aquino defende, a idéia de um direito divino que transcende aos próprios homens, mas que lhe é natural e, ainda, propõe a vinculação indissociável do direito ao Deus cristão.

Porém, se os traços gerais do Jusnaturalismo Escolástico foram delimitados por São Tomás de Aquino, sua formulação definitiva encontra-se em Francisco Suarez. Para ele "El Derecho Natural es preceptivo, esto es, un derecho válido que ha de cumplirse. Obliga, no es meramente indicativo de lo que intrínsecamente es bueno o necesario, o intrínsecamente malo. Procede de Dios que actúa como legislador" (02).

O grande mérito de Francisco Suárez consiste em, mesmo reconhecendo os ideais jusnaturalistas de

imutabilidade e universalidade, unir a esta concepção clássica de jusnaturalismo ingredientes históricos e sociais, defendendo uma necessária mudança no direito, admitindo-o como dinâmico e evolutivo.

Tomás de Aquino e Francisco Suarez são os precursores da escola jusnaturalista escolástica. Esta desenvolveu-se por todo o séc. XVII, sob os princípios e com as características já referidas.

No início do séc. XVIII, inicia-se sua decadência e processo de revisão, surgindo uma nova concepção de jusnaturalismo: o racionalista. No entanto, ainda que pese o seu declínio e pouca expressividade, este jusnaturalismo de origem divina é a maior influência teórica e ideológica na Espanha. AHG constatando este fenômeno, afirma que toda a Filosofia do Direito desenvolvida no seu país é de origem jusnaturalista escolástica, que faz desta teoria passagem obrigatória no estudo da Filosofia Jurídica Espanhola (03).

1.1.2. O Jusnaturalismo Racionalista

A gênese da corrente racionalista não está definida em um momento histórico preciso. Mas pode-se afirmar, com propriedade, que ela é contemporânea à publicação da obra de Hugo Grocio "*De iure belli ac pacis*",

desenvolvendo-se a partir daí, durante todo o séc. XVII. O declínio do jusnaturalismo racionalista, não obstante as dificuldades de se determinar uma data, está ligado, indiscutivelmente, a dois eventos: as grandes codificações, que impõem reverência e cumprimento à lei e ao historicismo jurídico que se desenvolveu na Alemanha.

AHG procura uma forma de definir o significado do jusnaturalismo racionalista e resume, inicialmente, seu pensamento da seguinte forma: "La concepción racionalista del Derecho Natural es un producto filosófico y social de la época en que nace. En el primer sentido representa una exaltación de la razón como valor máximo del individuo y de la humanidad. En el segundo sentido es la ciencia social (...) para intentar la solución de los más variados problemas religiosos, éticos y políticos" (04) .

Dentro da escola racionalista, podem ser encontrados teóricos de diversas ordens: filósofos, juristas, ou cientistas políticos como Hobbes, Locke e Rousseau, ou ainda Pufendorf e Woff, entre outros. No campo da jusfilosofia, eles dividem-se nas áreas de Direito Público e Direito Privado. Já Norberto Bobbio, no seu livro "Sociedade e Estado na Filosofia Moderna, coloca: "Embora a divisão entre uma e outra historiografia particular seja uma convenção, que também pode ser deixada de lado e que, de qualquer modo é preciso evitar considerar como uma muralha

intransponível, não há dúvida de que uns pertencem principalmente à história das doutrinas jurídicas, enquanto os outros pertencem àquelas doutrinas políticas". (05)

A unificação das duas correntes dá-se pelo método, mais precisamente, pelo método racional e a idéia do contrato, como fim do estado natural e hipotético, no qual os homens viviam numa guerra de todos contra todos.

Ao contrário do jusnaturalismo escolástico, o jusnaturalismo racionalista prescinde de toda idéia ou fundamento divino para o direito, usando apenas princípios abstratos como o de igualdade e felicidade para fundamentá-lo. Seu objetivo é criar uma ética racional, longe da teologia, capaz de garantir a universalidade dos princípios que regem a conduta humana. Esta formulação substitui a idéia de direito como sendo igual a de justiça pela chamada concepção axiológica de justiça, ou seja, como apenas um critério valorativo do direito.

Norberto Bobbio define o jusnaturalismo racionalista da seguinte forma: "el Derecho natural es un conjunto de dictamina rectae ratione que proporcionan la materia de la reglamentación, mientras que el derecho positivo es el conjunto de los medios prácticos-políticos que determina la forma de aquellas" (06). Nesta concepção, o direito positivo é um instrumento do Estado

para garantir a felicidade e punir os comportamentos contrários ao contrato. O direito positivo serve, também, para concretizar os princípios abstratos colocados pelo direito natural, garantindo-lhes efetividade e materialidade.

No jusnaturalismo racionalista há a convivência de ambos os direitos (Natural e Positivo). O Direito Natural tem caráter imutável, constituindo-se em princípios que regem as relações na sociedade e o comportamento humano, longe do Estado ou no estado de natureza. O Direito Positivo é o fruto do contrato social e vem amparado pelo Estado, mas somente na medida em que se limita a punir os indivíduos a ele subordinados e que violaram as regras do Direito Natural.

1.1.3. AHG e o Jusnaturalismo

Como já foi antes alertado, o presente trabalho, antes de querer desenvolver conteúdos teóricos de ordem jusnaturalista, positivista ou sociológico, centra-se nas idéias de AHG . Não pretende esgotar as possibilidades de investigação sobre os métodos, ou concepções sobre o direito, apenas realizar um levantamento inicial, para desenvolver em terreno mais fértil, o pensamento do autor .

Para este autor, na fase acrítica de seu pensamento "El jusnaturalismo, en sí, no es una dirección metodológica. Por un lado es más: una concepción y fundamentación filosófica del Derecho, por otro lado, es menos: no puede implicar la solución detallada de los distintos problemas particulares que se plantean a la ciencia del Derecho". (07)

Nesta fase encontra-se preocupado com a prática do direito, sua inclinação é, particularmente, para com o sociologismo e os fatos. No entanto, a Filosofia do Direito, na Espanha, é resultado do desenvolvimento Tomista-Suariano de cujas influências o professor Gil não está imune. Isto significa que ele não pode considerar o direito, surgindo apenas dos fatos, mas também, deve considerar e apreciar o conteúdo material destes fatos para valorá-los conforme critérios de justiça.

Gil destaca o jusnaturalismo como sendo uma possibilidade concreta de combater a hegemonia do positivismo legalista. O jusnaturalismo ressalta o **conteúdo do direito** tão importante, para AHG quanto o próprio fundamento do direito. Esta postura implica a negação do direito apenas como forma, propondo o necessário encontro entre a forma e o seu conteúdo, valorizando o fundamento ético e moral que o direito deve ter.

Por tudo isto, e ainda, pelo fato de ser um sociologista, considerando-se um crítico de si mesmo, é que Gil aprova o ressurgimento do jusnaturalismo pois este pode exigir novamente do direito um conteúdo com funções de freios ao formalismo e ao empirismo, voltando a analisar o fenômeno jurídico à luz da justiça, que é o último fim do direito.

Finalizando, Gil propõe, a superação da dicotomia Direito Natural/Direito Positivo, tornando o primeiro uma fonte de renovação das instituições jurídicas, retirando-o da posição estanque ou teórica dentro da Filosofia do Direito, para atribuir-lhe uma operatividade científica e prática. A explicação disto pode ser fornecida pelo próprio autor: "El jusnaturalismo, en lo que hemos considerado ser correcta formulación, es un freno contra las libertades amorfas del sociologismo, y una legítima libertad frente a las imposiciones del normativismo. Permite diferenciar ley y derecho, explica la conexión entre derecho y justicia. Otorga al derecho la dignidad de lo racional (...) y reconoce lo que hay en el de histórico y contingente. Nota Actúa como vehículo y guía del progreso jurídico (...). Y cumple, en fin, el acto cometido de mantener una unidade esencial en la filosofía y en la ciencia del derecho". (08)

1.2. O Método Normativista/Positivista/Dogmático

1.2.1. Savigny e a Escola Histórica

Os chamados métodos normativistas, positivistas e dogmáticos surgem em contraposição ao Direito Natural. Este movimento inicia-se na Alemanha, com a chamada Escola Histórica, fundada por Savigny, que produziu o maior giro epistemológico da história da ciência jurídica.

Esta escola contribuiu de diversas formas para a ciência jurídica. As primeiras contribuições provêm de Savigny. Primeiramente ao ressaltar o papel da história na Ciência Jurídica até então esquecido pelo racionalismo ahistórico do Direito Natural. Para Savigny, todo direito é histórico, ligado a um determinado povo que lhe dá origem e sentido.

Nesta perspectiva a escola histórica acredita que o direito presente deve estar integrado ao passado histórico e orientado para o futuro tendo sempre, uma causa ou razão para existir.

A segunda contribuição de Savigny, encontra-se em redefinir o papel do Estado, do legislador e do jurista. Ao Estado, cabe conferir a autoridade, a condição de obrigatório, ao direito quando transcrito por uma

determinada lei, sancionando, legitimamente, através de instrumentos apropriados, o seu descumprimento.

Ao legislador compete descobrir as normas consuetudinárias e transformá-las em leis. As leis, para esta escola, estão a serviço do direito, mas não se identificam com ele. Ao jurista, cabe o papel de "representar o povo". Segundo Savigny, os juristas exercem uma dupla função: "la una, creadora y directa, pues reuniendo en sí toda la actividad intelectual de la nación, desenvuelven el Derecho como representantes de esta nación: la otra, puramente científica, pues se apoderan del Derecho, cualquiera que sea su origen, para recomponerlo y traducirlo en una forma lógica". (09)

Como se vê, para Savigny, a função do jurista é bem específica: criar aquilo que mais tarde será chamado de "construção jurídica", ou seja, desenvolver, de forma científica, os postulados jurídicos com o objetivo de esclarecer o texto legal, afastando, assim, os elementos dúbios. Surge, desta forma, a chamada ciência jurídica.

A terceira contribuição de Savigny ao estudo do direito consiste em reconhecer seu elemento filosófico, que aqui nada tem de semelhante com o sentido que lhe atribuíra a escola anterior, pois refere-se ao componente sistemático da ciência jurídica, apontado pela escola histórica.

Karl Larenz, no seu livro "Metodologia da Ciência do Direito", explicita bem esta questão: "No elemento **filosófico** da ciência do Direito não deve, pois, subentender-se a aceitação de quaisquer princípios jusnaturalistas, mas apenas a direção característica da própria ciência do Direito, no sentido de uma **unidade imanente pressuposta por esta última**, direção que, segundo Savigny, é comum a ciência do direito e à filosofia. Neste sentido se diz também no Sistema, que a forma científica que se dá aspira a **"revelar e a aperfeiçoar sua unidade interior"** e que, **nessa aspiração, ou seja, enquanto progride de modo sistemático, se aparenta à filosofia a ciência do Direito**". (10)

Portanto, a tarefa do jurista está centrada em dois níveis: um, empírico, que consiste em identificar a consciência jurídica da nação, e um outro, sistemático, que consiste em formular os conceitos jurídicos e ordená-los logicamente, a partir de um a priori obrigatório: a idéia da história como definidora dos conceitos.

Para Savigny, o jurista deve trabalhar considerando dois dados fundamentais: o simultâneo e o sucessivo, ou o historicamente dado e o atualmente existente. Dos princípios resultantes desta combinação é que

deve o jurista identificar e deduzir suas regras de interpretação da lei.

O conceito de *interpretação da lei* também foi discutido pela Escola Histórica. Para Savigny, a interpretação é "una operación intelectual que tiene por objeto el reconocimiento de la ley en su verdad" (11). Cabe, ao juiz, executar a lei, extrair somente o conteúdo do mandato estatal. Para isto o intérprete pode recorrer aos métodos lógicos, gramaticais, sistemáticos, ou históricos, mas é, principalmente, nos últimos dois que se deve centrar.

AHG considera inegáveis as contribuições da escola histórica. Não discute o fato desta ter situado as bases da ciência jurídica atual, mas aponta algumas críticas iniciais. Em primeiro lugar, critica Gil, a falta de consideração para com a *Filosofia do Direito*, que conduz à "fé cega" dos juristas históricos nos fatos, mesmo que respaldados historicamente. Entende ele que se abstraiu dos juristas qualquer possibilidade de analisar criticamente os fatos, de discutir o conteúdo do direito. *Confunde-se, na sua opinião, o real com o ideal, impedindo o progresso do direito.*

Por consequência, nega-se ao direito sua vinculação com a moral, que não serve mais como critério valorativo do direito, como acontecia no jusnaturalismo.

Crítica, também, a escola, porque não reconhece que as expressões "espíritu del pueblo, la convicción jurídica, la conciencia nacional no representan sino una generalización de los hechos obtenida por vía inductiva (...) haciendo que cualquier contenido que formalmente se manifieste como jurídico hay que reconocerlo como tal". (12)

Finalizando, lamenta Gil que a escola histórica, podendo ter resultado em um sociologismo jurídico, resulte, contrariamente, num normativismo e num dogmatismo, até hoje não renovado.

1.2.2. Jhering e a Jurisprudência dos Conceitos

O caráter do positivismo e o da dogmática, podem ser assim explicitados: "no hay más Derecho que el que cada ordenamiento jurídico impone como tal; misión de la ciencia jurídica es investigar los materiales concretos suministrados por aquél y elaborarlos, formando una unidad sistemática, mediante procedimientos lógicos". (13)

A partir de Savigny e da escola histórica, o fenômeno jurídico e o papel dos juristas têm seu âmbito redefinido. O primeiro fica delimitado ao ordenamento jurídico de cada país; o segundo, mantém-se atrelado a este ordenamento e deve formular um sistema de proposições

unitário e coerente, aceitando o estabelecido pelo ordenamento jurídico como dogma. O resultado desta operação lógica é uma "construção jurídica dogmática", elaborada a partir do material fornecido pelo direito positivo que passa a formular conceitos gerais e abstratos, os quais integram-se entre si, formando um sistema.

A construção deste sistema lógico, que reúna todos os conceitos jurídicos e, ainda, que organize a partir de uma unidade superior e o mais abstrata possível é, de ora em diante, a obrigação da ciência jurídica, que passa a ser denominada pelos teóricos de dogmática jurídica ou jurisprudência dos conceitos. (14)

O auge do desenvolvimento do método dogmático ou da jurisprudência dos conceitos encontra-se, no *Primeiro Jhering*, como vem sendo denominada a fase na qual este autor alemão dedica-se ao estudo da ciência jurídica como construção conceitual.

O trabalho de Jhering caracteriza-se pela sua tentativa de querer contribuir, com "certa ordem", ao trabalho dos juristas na formulação da construção jurídica. Assim, pode-se dizer que Savigny constrói a dogmática, e Jhering formula seus métodos.

Para Jhering, "Toda la tarea de la técnica jurídica se comprendía en dos fórmulas que resumen los medios en cuya virtud conquista el jurista el dominio intelectual sobre el derecho: simplificación cuantitativa y simplificación cualitativa. He aquí el armazón en que se encierran todas las operaciones a desarrollar". (15) A primeira consiste numa simplificação dos elementos jurídicos, de forma que eles possam ser reduzidos a unidades mínimas, formando o que ele mesmo chama de "alfabeto do direito".

Logo após a desconstituição, os elementos devem ser recompostos conforme uma nova ordem lógica, sendo que um elemento pode unir-se a outros diferentes e resultar inúmeras proposições diferentes. **O resultado desta reconstrução são as instituições jurídicas ou corpos jurídicos, na denominação do próprio Jhering, numa clara aproximação das ciências jurídicas às ciências naturais.**

A simplificação qualitativa, é a operação mais importante caracterizando a atividade jurídica como um método. Esta operação é regida por "leis" que a tornam diferente das demais. Estas leis são: aplicação direta ao direito positivo: unidade sistemática e beleza jurídica. O resultado deste processo é o chamado sistema, o mais elevado grau da ciência jurídica.

Para Gil, o maior problema de Jhering consiste no caráter altamente tecnicista de toda esta operação e os resultados que podem dela transcorrer. Gil que nesta etapa demonstra inclinações ou preferências teóricas pela sociologia, mas com influências jusnaturalistas, não aprova as idéias de Jhering. Embora reconheça suas contribuições, com a formulação teórica do método dogmático, **somente pode conceber a ciência jurídica como uma ciência social e ao jurista como cientista social, voltado aos problemas do mundo.** Diz ele: "El jurista, en cambio, en todo momento, tanto en la esfera práctica como en la esfera de la teoría, esta manejando una materia que tiene, no sólo un destino, sino un contenido humano, moral y social; y el tratamiento a que se le someta no puede darse aquí como cierto lo que es para las ciencias físicas; y la ciencia jurídica debe tratar, fundamentalmente, del problema de la Justicia".(16)

1.2.3. Kelsen e o Neopositivismo Jurídico

"O neopositivismo penetrou na teoria jurídica através da chamada "filosofia analítica". O projeto de construção de uma linguagem rigorosa para a ciência foi adaptada ao direito por Hans Kelsen (Teoria Pura do Direito; 4ª Ed.) e Norberto Bobbio (Ciência do Direito e Análise da Linguagem). (...) O neopositivismo jurídico é uma meta-teoria do direito, pois, ao contrário do positivismo

legalista dominante na tradição jurídica (que confunde lei e direito), propõe uma ciência do direito como uma meta-linguagem distinta de seu objeto, o direito (as normas)".

(17)

O neopositivismo (em geral) surge dos debates travados em torno ao "Círculo de Viena" e tem como fundamento a recusa total da metafísica, por considerar as proposições elaboradas pela mesma, carentes de sentido, pois não podem ser verificadas e nem possuírem uma significação lógica, jamais podendo ser consideradas como científicas.

Para o neopositivismo lógico, a ciência passa a ser análise da linguagem e a construção de enunciados analíticos verdadeiros por serem tautológicos ou empíricos. Esta forma de tratar a ciência produz uma renovação metodológica onde a ciência jurídica passa a conceber-se, também, como análise de linguagem normativa.

Dentre os juristas que se preocuparam em desenvolver os métodos Positivista-Normativistas, foi Kelsen, como já observado, sem dúvida, o maior expoente a tentar construir uma teoria que procurasse conhecer o objeto jurídico, a partir dela mesma, sem a interferência de outros campos do conhecimento.

Kelsen não representa, exatamente, uma ruptura com os postulados da Escola Histórica, porém um grau mais elevado e mais intenso. Coloca ênfase no normativismo e preocupa-se com a construção da teoria pura do direito. Sua teoria tem como ponto chave o enfrentamento do jusnaturalismo e dos positivismos anteriores, pois, na sua opinião, ainda guardam resquícios jusnaturalistas.

A teoria elaborada por Kelsen pretende ser uma teoria geral sobre o direito positivo, sem atentar para as ordens jurídicas particulares e, pretende, ainda, libertar a ciência jurídica de todas as influências extra-jurídicas. Assim diz Kelsen: "Quer isto dizer que ela pretende liberar a ciência de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental". (18)

Kelsen delimita o objeto da Teoria Pura do Direito **ao direito positivo em geral, e não ao ordenamento jurídico concreto de cada país**. Propõe-se a analisar o direito na sua **forma**, como este parece nas diversas ordens jurídicas nacionais, porém, desconhece o seu conteúdo material, ou seja, não se importa com o que ele regula, mas como ele regula, pois é somente assim que se apresenta como uma constante nos ordenamentos jurídicos, mesmo que o conteúdo deste ou daquele ordenamento seja variável.

Para atingir seu ideal de pureza, ^{UF}a Teoria Pura do Direito obriga-se a isolar o direito de todos os elementos que não lhe são inerentes. A primeira distinção a fazer é separar "Direito e Natureza" sob a alegação de que, pois mesmo que participe da vida do Homem, não pode ser aquele, entendido como um fenômeno natural. As ciências da natureza, dizia Kelsen, respondem ao princípio da causalidade e localizam-se na ordem do ser. **As ciências normativas**, e é somente assim que ele concebe uma ciência jurídica pura, respondem ao princípio da imputação e pertencem à ordem do **dever-ser**.

Kelsen exclui, portanto, do seu campo de conhecimento os fatos naturais, ou a esfera do ser, para delimitá-lo somente nas normas jurídicas. **Para o autor, em princípio, norma é um ato da vontade humana que se dirige, intencionalmente, à conduta de outrem.** Isto quer dizer que alguém, de acordo com a vontade de quem põe a norma, **deveria** comportar-se, ou seja, a sua conduta deveria ser tal, ou qual. **Mas a norma jurídica também significa, para Kelsen, "o sentido objetivo de um ato de vontade", ou seja, ela dota de significação jurídica um ato da vontade humana, atribuindo um sentido jurídico (ou objetivo) a um ato de vontade subjetivo.** Assim, a norma funciona como um esquema de interpretação. Por outras palavras: "o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui em ato jurídico (ou antijurídico), é o resultado de uma

interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa". (19)

Kelsen distingue, num segundo momento, o direito da moral, apesar de esta também ser uma ordem normativa da conduta humana. Ao separar os dois, Kelsen obtém, sinteticamente, os seguintes resultados: o direito é diferente da moral, **pois possui um sistema de coerção social organizado**, enquanto que as sanções morais consistem apenas na aprovação ou reprovação social. Kelsen não nega a importância de o direito possuir um conteúdo moral ou ser justo, porém afirma, categoricamente, que se não for assim, não deixará de ser direito.

O autor austríaco constrói sua teoria baseado num aparelho conceitual e lógico que o leva a considerar o sistema normativo como dinâmico, auto-regulado e completo, cujo fundamento último de validade é a forma fundamental. É dinâmico e auto-regulável, pois a criação de novas normas pressupõe a aplicação das normas já existentes.

No sistema Kelseniano também não há lacunas e, constitui-se numa ordem gradual na qual uma norma superior é o fundamento de validade de outra inferior, até chegar ao apice onde a validade é dada pela norma fundamental, de caráter hipotético, não sendo posta, mas pressuposta.

A última consideração que nos interessa fazer sobre a teoria Kelseniana diz respeito à relação validade/eficácia. Diz Kelsen que uma norma não é válida, porque é eficaz, mas sim porque pertence a uma ordem jurídica que é eficaz numa consideração global.

AHG inicia suas críticas, afirmando que a T.P.D. possui "aparentes atractivos". Para ele, o autor da obra ergue ainda mais rigidez formal do que os métodos positivistas-construtivistas-dogmáticos, quando nega, conjuntamente, os ideais do direito e os fatos. Considera que, ainda que seja uma teoria filosófica, tem o atrativo de interessar somente ao jurista.

No entanto, Gil não pode ser considerado um "seguidor" de Kelsen. Suas críticas são muito mais enfáticas que os elogios. A principal provém do desprezo de Kelsen pelo conteúdo do direito considerando-o vazio, carente de ideais e possibilitando, com isso, que todo e qualquer conteúdo possa ser jurídico.

O segundo ponto de discordância encontra-se *na chamada criação do objeto*. Gil acredita impossível a criação absoluta do objeto, mesmo que seja pela teoria do conhecimento. Para ele, Kelsen recai num racionalismo algo diferenciado do jusnaturalista, pois a ciência jurídica não

"pensa" o direito, senão que o constrói a partir de juízos sintéticos, "a priori".

Por último, critica Gil o desconhecimento de Kelsen sobre o que seja a sociologia jurídica. Kelsen, na sua opinião, vê-la-ia de um modo profundamente positivista, pretendendo explicar os fenômenos sociais de forma natural e causal, desconhecendo o âmbito cultural do direito. Enfim, para AHG a T.P.D. "Es un método, un modo de pensar, que ha quedado, como tantos métodos, en metodología y en teoría de la ciencia". (20)

1.2.4. A Posição de Gil

Ao longo da exposição sobre os métodos positivistas-normativistas-dogmáticos, foram apresentadas algumas das posturas críticas que AHG lhes mantém. Neste momento, cabe retomá-las em conjunto, esboçando o pensamento crítico do autor, com referência a estes métodos.

Gil atribui ao positivismo, a exclusão da Filosofia do Direito, no âmbito de estudo do fenômeno jurídico. **Qualifica a Filosofia do Direito como "imprescindível", atribuindo-lhe a função de apresentar critérios valorativos para o jurídico.** Diz Gil que "El jurista, aunque investigue un determinado Derecho positivo,

no puede prescindir de unos principios fundamentales que no siempre los extrae, por vía inductiva del texto legal y que marcan su línea de conducta con respecto a éste". (21)

Para Gil, estes princípios fundamentais somente podem ser fornecidos pela Filosofia do Direito.

Também considera que o maior equívoco do positivismo é o desprezo pelo conteúdo do direito, do qual acabou decorrendo um extremo formalismo jurídico.

Gil propõe a união necessária entre o elemento intrínseco (o conteúdo) e o extrínseco (a forma) do direito, para a sua configuração, pois a matéria que preenche a norma jurídica é do âmbito social, mas, ao passar a configurar a realidade jurídica, não pode deixar de ser considerada, pois não é mais uma matéria extrajurídica.

Também, para Gil, "El Derecho no es mero reflejo de lo dado; no reproduce, sino que ordena; no copia, sino que formula, Actúa en relación con una realidad social dada; pero imprime direcciones". (22)

Gil acredita que o direito atua em duas frentes: uma que regula determinadas condutas ou situações já dadas, a outra que impõe como devem ser determinadas condutas, não se limitando ao estado social, mas alcançando um desejo social.

O professor espanhol atribui ao direito uma finalidade eminentemente prática. Para ele, o direito tem uma expressão social muito específica: "cuida de regular las relaciones entre éstos (los hombres), de determinar sus derechos y sus deberes, de limitar el alcance de sus deberes, limitar el alcance de sus actos y la medida de sus intereses en el concreto de la vida social". (23)

A característica primordial do pensamento do autor neste momento pode ser assim apresentada: o direito é sem dúvida, norma vinculante. Porém, esta é apenas sua primeira dimensão. O fundamental é o conteúdo do direito, que encerra sua dimensão humana e social. Desprezar esta parte do direito é esquecer seu lado moral, espiritual e social, que para Gil, são o único sentido possível do direito.

1.3. Método Sociológico

1.3.1. O Sociologismo Jurídico

A terceira grande concepção do direito é a chamada, por AHG, de **Histórico - Sociológica - Realista**. É considerada positivista como a anterior, mas com uma variável: o positivismo das normas jurídicas é substituído

pelo positivismo dos fatos. Entende que mais importante do que as normas jurídicas é a realidade social, "o espírito do povo", a organização econômica, etc. O sociologismo concebe o direito não como uma idéia ou princípio, ou muito menos como normas isoladas, mas como um **fato social**.

O direito como objeto de estudos sociológicos apresenta-se a partir de dois ramos diversos. Um, como ramo propriamente dito da sociologia - a chamada sociologia jurídica. Este estudo é realizado pelo sociólogo, a partir da constatação da presença do direito na sociedade, seus efeitos e consequências. Neste prisma, o direito é visto somente como um fato social. Segundo Larenz, "a sociologia do direito investiga os fatos sociais subjacentes ao direito sem ter em vista a aplicação prática de seus resultados pela magistratura". (24)

O outro ramo, que se constitui num tema diverso da sociologia jurídica é o **Sociologismo Jurídico**. Este representa a análise do direito somente a partir do método sociológico, que consiste na observação, análise e comparação dos fatos. O resultado deste processo leva a conceber o direito somente como um produto da vontade social. Isto representa, em resumo, uma recusa ampla do jusnaturalismo como critério valorativo do conteúdo moral do direito e do positivismo normativista, que se nega a vincular o direito à sociedade onde se alberga.

Aurelio Wander Bastos (25) aponta Léon Duguit como o mais importante jurista sociologista e o fundador desta nova disciplina. A partir dele inicia-se o famoso "culto aos fatos" dos sociologistas, aos quais, para eles, o direito está, integrado. *Para Duguit, todo o problema do direito localiza-se no âmbito social.*

Duguit separa dois tipos de normas: as normativas e as construtivas. As primeiras representam o direito, pois estão localizadas na sociedade e tem o poder de regular e manter em ordem a vida dos indivíduos, a partir de dois princípios: a solidariedade social e a justiça. A justificativa para o direito encontra-se, também, na sociedade, quando constata a necessidade desta regulamentação. O direito deixa de ser uma idéia, ou somente uma norma hipotética e passa a representar uma possibilidade de uma sociedade solidária e justa.

Enquanto as primeiras detêm esta importância, as construtivas passam a significar apenas as regras reguladoras dos processos de aplicação e, potencialmente, podem evitar o uso incondicionado da força, na medida em que normativizam as regras normativas.

O segundo momento dos métodos sociológicos encontra-se em Eugen Ehrlich, um positivista sociológico.

Karl Larenz aponta para a importância de Ehrlich, dizendo que este autor foi o primeiro a negar a dogmática jurídica como sendo a ciência jurídica por excelência, pois ao desprezar os fatos e a realidade social, não é capaz de fornecer conhecimentos sobre direito. (26)

Ehrlich possui, apesar disso, aspirações semelhantes às Kelsenianas: a construção de uma ciência autônoma do direito, porém negando os "métodos construtivos". Para ele, somente a sociologia jurídica pode atingir este feito: sem fundar-se em palavras, pode, através da observação dos fatos e da análise dos mesmos, construir postulados científicos puros.

O autor alemão diferencia, também, dois tipos de normas jurídicas e, por sua vez, acaba por reconhecer dois tipos de ciências jurídicas. As primeiras são as **normas de decisão**. São aquelas das quais os tribunais devem ocupar-se, para fornecer uma solução aos problemas. Deste tipo de normas ocupa-se a jurisprudência prática. O segundo tipo de normas jurídicas são as **normas de conduta**, consideradas como o verdadeiro direito, e têm a incumbência de regular o comportamento dos homens. Destas normas ocupa-se a ciência jurídica autônoma, de caráter sociológico, que deve, ainda, "fornecer a base científica para a jurisprudência prática". (27)

AHG encerra suas idéias sobre Ehrlich, dizendo: "La concepción sociológica de Ehrlich, tiene además, otras significaciones. Ehrlich considera al derecho de la sociedad como negación y antítesis del Derecho individual; todo el derecho, incluso el privado, es social; la vida no reconoce al individuo como un ser único y singular separado de toda conexión; y de igual modo al derecho le es extraño ese ser". (28)

1.3.2. Revisão Crítica do Sociologismo, por AHG

Para Gil, o sociologismo jurídico detém uma importância chave, na medida em que se constitui na primeira crítica relevante e expressiva ao positivismo jurídico. Esta crítica estende-se somente ao "conteúdo" do positivismo, ou seja, ao fato deste ser normativista e formalista, mas é o primeiro momento, ou o momento necessário no caminho, para questionar o positivismo jurídico.

O sociologismo jurídico, contrariamente ao positivismo jurídico (em que importa o aspecto formal), ressalta o aspecto material, ou de conteúdo fático do direito. Portanto, só será direito para o sociologismo aquele que se "realiza", aqueles fatos sociais configurados como direito, o que para Gil, acentua o principal problema do sociologismo jurídico.

Gil não nega que os fatos sociais são a melhor base para a conformação do direito, mas não podem, segundo ele, ser a única referência, impondo-se a necessidade de ir-se além. *Para o professor espanhol, é fundamental separar o fato social do fato jurídico, somente possível a partir de considerações efetuadas por um método jurídico com conteúdo valorativo, e não por um método eminentemente sociológico.* A constatação do jurídico leva à apreciação do poder vinculante deste fato, como conteúdo da norma jurídica. É preciso, então, num primeiro momento, conjugar os dois.

Há uma terceira constatação fundamental a levantar. mesmo considerando o direito como originário dos fatos sociais, mas não reduzido somente a ele. *É preciso, para Gil, uma investigação sociológica, que seria a força originária do direito, mas com a especulação filosófica de caráter jusnaturalista, para valorar estes fatos, conforme padrões de moral e justiça.* Para Gil, a configuração do direito resulta deste trabalho. Diz ele " (...) nosotros sostenemos que lo que no cabe hacer es reducir la investigación jurídica a investigación sociológica. Así como a la sociología, en sí, no puede concedérsele el rango de especulación filosófica o de explicación científica completa y concluyente, así tampoco es admisible que suplante a la filosofía y a la ciencia del Derecho. En cambio, puede

convivir con ellas en reciproca comunicación e integración".

(29)

NOTAS

- (01) GIL, Antonio Hernández. *Metodología de la Ciencia del derecho. Vol I.* Madrid. Ed. Uguina. 1971. p. 32.
- (02) GIL, op. cit. p. 36.
- (03) GIL, op. cit. p. 39.
- (04) GIL, op. cit. p. 43.
- (05) BOBBIO, Norberto. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna.* Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo. Ed. Brasiliense. 1979. p. 14-15.
- (06) _____. *El problema del positivismo jurídico.* Trad. Ernesto Garzón Valdés. Buenos Aires. Ed. EUDEBA. 1965. p. 71.
- (07) GIL, op. cit. p. 51-52
- (08) GIL, op. cit. p. 67.
- (09) GIL, op. cit. p. 101.

- (10) LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamago. Lisboa. Ed. Fundação Calouste Gulbenkian. 1983. p. 10.
- (11) GIL, op. cit. p. 110.
- (12) GIL, op. cit. p. 126.) LARENZ, coloca a jurisprudência dos conceitos de Puchta abriu, definitivamente, a separação entre a ciência jurídica e a realidade, preparando o terreno para o formalismo. op. cit. p. 25.
- (13) GIL, op. cit. p. 134.
- (14) GIL, op. cit. p. 151.
- (15) GIL, op. cit. p. 153.
- (16) GIL, op. cit. p. 144. Neste momento, não se pode esquecer, também, do nome de Windscheid, que foi o marco decisivo para a conformação do formalismo, ao conceber o Direito, ao mesmo tempo, enquanto lei e vontade racional. Larenz, op. cit. p. 31.
- (17) ROCHA, Leonel Severo. "Matrizes Teórico-Políticas da Teoria Jurídica Contemporânea". *Seqüência*. nº 24. Ed. UFSC. Setembro 1992. p. 14.

- (18) Kelsen, Hans. ***Teoria Pura do Direito***. 4ª ed. Tradução João Batista Machado. Coimbra. Ed. Armênio Amado. 1979. p. 17.
- (19) Kelsen, op. cit. p. 20.
- (20) Gil, Antonio Hernández. ***Conceptos Jurídicos Fundamentales***. Madrid. Ed. Espasa-Calpe. 1987. p. 204.
- (21) Gil, Metodologia, p. 187.
- (22) Gil, op. cit. p. 190.
- (23) Gil, op. cit. p. 192.
- (24) Larenz, op. cit. p. 74.
- (25) Bastos, Aurélio Wander. ***Introdução à Teoria do Direito***. Rio de Janeiro. Ed. Liber Juris. 1992. p. 19.
- (26) Larenz, op. cit. p. 74.
- (27) Larenz, op. cit. p. 74.
- (28) Gil, Metodologia, p. 284.
- (29) Gil, Metodologia, p. 289.

CAPÍTULO II

"AS PREOCUPAÇÕES EPISTEMOLÓGICAS: A CIÊNCIA JURÍDICA TRADICIONAL"

Capítulo II

"AS PREOCUPAÇÕES EPISTEMOLÓGICAS: A CIÊNCIA JURÍDICA TRADICIONAL"

2.1. A Revisão da Ciência Jurídica

Logo após desenvolver suas preocupações com os métodos jurídicos, Gil depara-se com a necessidade de repensar o direito e o saber que lhe é relativo. Este fato decorre de suas constatações sobre a disparidade existente entre a importância que o direito assume na sociedade e o

descaso com que é tratado pelo saber científico. *Começa, neste momento, sua etapa crítica.*

O abandono das suas preocupações metodológicas representa uma *"virada"* nos rumos de seu pensamento. O professor espanhol, a partir daí, *centra seus trabalhos no saber jurídico, preocupado, fundamentalmente, com o rigor científico e a especificidade da ciência jurídica.*

Gil parte, para tanto, da seguinte análise: o saber dominante e protótipo do direito constituiu-se há dois séculos, a partir de Savigny e da Escola Histórica, e, ainda hoje, permanece quase que inalterado. Por isto, crê haver uma necessidade pendente e urgente de uma revisão no conhecimento jurídico, com vistas à sua transformação e renovação.

No entanto, o autor acredita que, dificilmente, pode-se esperar uma *"revolução"* neste campo, mas constata também, com grande tristeza, que o saber acerca do direito ainda está longe dos progressos feitos por outros campos das ciências sociais.

Gil deseja alterar esta situação. Torna-se necessário, para ele, produzir uma nova forma de saber jurídico que modifique o estado da ciência jurídica e, conseqüentemente a prática jurídica. Ele contempla, com

certa admiração, o exemplo da lingüística e da antropologia, que ultrapassaram as barreiras do seu objeto e conseguiram enormes avanços no campo epistemológico.

O problema, para AHG, encontra-se numa letargia que acompanha a ciência do direito, também chamada de ciência do direito "tradicional", mas que, segundo ele, devido à sua permanência no tempo e à inexistência de outros tipos de saberes que produzam o seu deslocamento, também pode ser considerada como ciência jurídica "moderna". **Portanto, rever a ciência jurídica torna-se uma necessidade que não pode mais esperar.**

A tentativa de abandono e crítica do saber dogmático, para Gil, conta com duas posturas diferentes: **a resignação e a insatisfação** (01), por parte dos juristas entregues à crítica.

Resignados são aqueles juristas que renunciam à procura de um novo saber sobre o direito, por acreditarem que já se esgotaram todas as possibilidades de superação, de avançar até outras frentes. Os juristas resignados, segundo Gil, tendem ao "retorno". Procuram resolver os problemas da ciência jurídica, somente à procura da decisão mais justa ou adequada dos conflitos, ou, ainda, usando a tópica e da teoria da argumentação.

Insatisfeitos são aqueles que, tanto se recusam a esquecer o problema da transformação da ciência jurídica, quanto a resolvê-los sob postulados científicos que não representam uma nova alternativa para o saber jurídico.

AHG define-se como **um jurista insatisfeito e socialmente preocupado**. Recursa-se a crer que a ciência jurídica haja esgotado todas as possibilidades de transformação, que o próprio saber sobre si mesma não seja constituído do mais elevado rigor científico e que, ainda, este esteja condenado a estar sempre atrelado a uma forma de conhecimento paradigmático dominante, como representam as três concepções fundamentais do direito, ou às forças políticas e ideológicas, ocultando, assim, o próprio direito.

Os motivos que norteiam o autor espanhol nas suas investigações, podem ser assim colocados: **procurar uma perspectiva teórica que supere o padrão tradicional de ciência jurídica e encontrar a especificidade do direito e a autonomia da ciência jurídica, que as três grandes concepções ou escolas jurídicas não conseguem resolver.**

2.2. Conceito de Direito

"En ninguna ocasión, a lo largo de mi vida, por mi propia iniciativa, me he decidido a enfrentarme, en términos generales, con el concepto o la definición del Derecho. Lo considero demasiado solemne y ambicioso. Quizá innecesario. Los juristas nos desenvolvemos, claro es, en el seno del Derecho y hacemos cuestión de cuanto en él se encierra y de él mismo. No obstante, he solido sentir como una resistencia a decir globalmente qué es y cómo es. Son tantos sus sentidos, sus matices, las posiciones ideológicas y filosóficas que lo condicionan, que me ha parecido preferible, por prudencia, por dificultad o por simple inclinación, abstenerme. Debo precisar esto. No es temor ni renuncia. Tampoco inhibición. Incidentalmente, con ocasión de determinados problemas, he escrito acerca del derecho e incluso he incurrido en generalizaciones. Lo que no he hecho nunca ha sido empezar por las buenas un texto que comience por el *quid ius*". (02)

Da colocação anterior, resulta claro que Gil não se preocupou em formular alguma definição mais precisa sobre o que seja, no seu parecer, o direito. *Sua recusa funda-se, principalmente, no fato de achar que todo e qualquer conceito representa, atrelar-se à adoção de uma postura ou ponto de vista.* Prefere mais traçar linhas ou características gerais ao longo de sua obra, do que encerrar o fenômeno jurídico num conceito que lhe resultaria insatisfatório. Cabe ao estudioso, ao desvendar a obra de

Gil, ressaltar estas características de modo a delinear o significado do direito para AHG.

Pode-se dizer, em princípio, que Gil reconhece, em alguma medida, o conceito de direito traçado por Norberto Bobbio. (03) ***Direito, para Bobbio, seria o chamado ordenamento jurídico.*** O ordenamento jurídico constitui-se num conjunto de normas jurídicas que se relacionam entre si. Tem por fundamento último de validade a "norma fundamental", e constitui-se num ***sistema jurídico*** na medida em que não possui antinomias (normas que se contradizem entre si, no mesmo âmbito de validade) e lacunas (comportamentos não previstos por normas jurídicas, tornando o sistema jurídico incompleto). (04)

Num segundo momento, é possível identificar-se, na obra de Gil, ***o reconhecimento do caráter ordenador e coercitivo do direito*** enquanto conjunto de normas. Para o professor espanhol, é este caráter que faz com que a convivência social desenvolva-se conforme as pautas normativas, e o direito possa propor-se a atingir seus fins sociais.

Porém, ***o traço mais característico da sua forma de conceber o direito*** decorre da sua formação inicial como jurista prático e socialmente preocupado, que rejeita o

estrito normativismo analítico, ao qual prende-se o conceito de Norberto Bobbio.

Ele propõe-se a pensar o direito a partir destes dois dados: como um conjunto de normas jurídicas e como um instrumento de transformação social. "Trato de hacer compatible una concepción positivista en el plano de la ciencia con el reconocimiento de una inmanencia de lo jurídico". (05)

AHG, por seu engajamento social, não pode rejeitar conexão **direito/sociedade**, como base de reflexão científica. Ao direito, atribui uma missão corretiva das distorções sociais; cabe a ele auxiliar na transformação de uma sociedade marcada pelas desigualdades e diferenças, para uma sociedade igualitária. Diz Gil: "La conexión derecho/sociedad coloca ante nosotros el problema, siempre planteado y de tan difícil solución, como es el de la convivencia entre los hombres y de los pueblos bajo el signo de la paz". (06)

Para o professor espanhol, "el cambio social no es sólo el resultado de la negación de orden jurídico dado. Es también una trayectoria marcada desde y por el Derecho mismo que no es el estrecho custodio de un orden inmóvil, ya que ha de hacer suyo el proceso de su revisión transformadora". (07)

As preocupações sociais de AHG fazem com que, para definir o direito, ele seja obrigado a recorrer ao **conceito de realização**. Diz Gil: "Nuestro concepto de la realización es muy amplio. (...) La nota de la realización es tan acusada que, además de contar como efecto, cuenta también como fator constitutivo del Derecho". (08)

Segundo as idéias de Gil, **a realização do direito é pressuposto do próprio ordenamento jurídico, já que não podem existir normas que não se realizem na construção de relações sociais igualitárias**. Ao ordenamento jurídico cabe auxiliar nesta efetiva realização. Mas a realização não é, para Gil, sinônimo da aplicação jurisdicional. Ao contrário, a segunda é uma forma limitada de garantir a primeira. Diz AHG: "Entendemos como realización la total incidencia del Derecho en la operatividad social que no siempre se canaliza por los atos de aplicación". (09)

Com o conceito de realização, Gil insere na concepção de direito, como pressuposto fundamental, as pessoas e as relações de convivência, às quais darão origem a regras regulares de conduta, nas quais, por sua vez, o próprio direito se realizará.

A segunda conexão, essencial para estabelecer o conceito de direito, para Gil, **é a conexão**

direito/linguagem. Diz AHG: "Las normas jurídicas no constituyen una de las tantas decibilidades. Existen en tanto que son espresiones ligüísticas. La lengua (...) no se limita a recoger y comunicar lo que es el Derecho, sino que este es lenguaje o no es". (10)

2.3. A Ciência Jurídica Tradicional

2.3.1. Considerações Gerais

Diante do exposto neste capítulo, ou seja, das preocupações de AHG para com o direito e o saber a ele relativo, enfrentou-se a necessidade de definir o seu conceito de direito. neste momento, impõe-se definir o que seja, para ele, **a ciência jurídica tradicional.**

Para AHG, a ciência jurídica tradicional é aquela forma de tratar o direito que provém de Savigny e da Escola Historica, formulada, teoricamente, por Jhering e adere-se ao positivismo jurídico, considerando-a como instrumentalização científica do mesmo. Para o autor esta ciência pode também ser denominada de **ciência jurídica dogmática.**

Dogmática, enquanto vocábulo, liga-se ao sentido de dogma, ou seja, um postulado irrefutável, no entanto, na sua aceção jurídica, seu significado é bem mais amplo. Diz Gil: "La dogmática jurídica, como paradigma o modelo del saber acerca del derecho, es una versión teórica y metodológica de fondo positivista: el modo de hacer ciencia jurídica cuando ésta quedó centrada sobre el derecho positivo. (...) Dos son los significados fundamentales de la dogmática. Uno es atenerse al derecho positivo, (...) el otro radica en la operatividad cognositiva desarrollada mediante la construcción jurídica". (11)

Também sobre a dogmática, Enrique Zuleta Puceiro oferece uma significação mais precisa: "La dogmática sería exposición científica del derecho positivo: se propone al derecho positivo como el objeto propio de la tarea del jurista - es decir, de la interpretación y la sistematización - a la vez que se le oculta en su más estricta concreción histórica". (12)

Conclui-se, portanto, que a dogmática jurídica, para Gil, é uma elaboração teórica dos juristas, que se **submetem** ao estudo de um determinado direito positivo, especialmente, ao estudo de uma disciplina jurídica particular. Importa ressaltar que o **submetimento** ao qual se refere o autor "no está constituido por la acepción de algo invariable en función de un determinado contenido normativo,

sino por el **acatamiento invariable de un derecho que temporal y espacialmente varía**". (13)

Do acima exposto, Gil retira três conclusões, que são o ponto de partida para a sua definição de dogmática: "a) el contenido normativo es indiferente; b) que éste queda sustraído, en su enunciación esencial, a la actividad desplegada por el jurista; c) que es preciso distinguir entre el acatamiento en bloque del sistema normativo y los dogmas que lo integran". (14)

Para Gil, há necessidade de se distinguir **dogmática jurídica** de **dogmatismo**, visto não haver uma elucidação clara dos termos. A dogmática jurídica, ao responder a um modelo de construção que tem como objetivo interpretar as normas jurídicas, resolver as antinomias e preencher as lacunas, atendo-se ao direito positivo, pode obedecer a um estrito dogmatismo, mas não necessariamente precisa ser assim.

Dogmatismo significa um submetimento total e irrefletido ao direito positivo, até hoje experimentado somente na escola exegetica, a qual prescinde da interpretação, devendo o jurista apenas procurar o espírito do legislador. A dogmática jurídica, ao criar abstrações sobre o direito positivo, fruto da possibilidade de interpretação, ao invés de submeter-se aos dogmas, cria-os.

Isto ocorre, porque o direito em si não enuncia dogmas propriamente ditos. As normas jurídicas são, somente, enunciados lingüísticos que ao carecerem de interpretação deixam livre um vasto campo para a fixação de um sentido especial dado pelo jurista. Desta forma, abre-se a possibilidade de discussão do seu sentido normativo para a determinação do seu conteúdo, porém exclui-se o estrito dogmatismo. Para Gil, isto abre a possibilidade da dogmática estabelecer seus próprios dogmas, quando fixa um sentido para as normas jurídicas.

Tércio Sampaio Ferraz Jr, em seu livro "Introdução ao Estudo do Direito", define a questão com maior objetividade. Ao falar sobre a dogmática jurídica, ele afirma que ela "atende ao princípio básico da **inegabilidade dos pontos de partida**". Isto não significa que a função dela consista, somente, nesse postulado, ou seja, que ela se limite a afirmar dogmas, pura e simplesmente. A dogmática apenas depende deste princípio, mas não se reduz a ele. Neste sentido, uma disciplina dogmática, como a jurídica, não deve ser considerada uma prisão para o espírito, mas sim o aumento no trato com a experiência normativa. (15)

2.3.2. Os Traços Definitórios da Dogmática Jurídica, segundo AHG

AHG apresenta "**três**" características fundamentais da dogmática jurídica:

I) Reclamar para si a prioridade do conhecimento jurídico. Isto quer dizer que ela pretende ser a **ciência jurídica por excelência**. Isto porque destina-se à elucidação do significado das normas jurídicas, com vistas à aplicação e solução uniformes, da forma mais pacífica possível, dos litígios. Segundo Gil, isto faz com que ela tenha como objeto de estudo dois momentos distintos: **a significação normativa e a técnica judicial** que se tornam objeto de reflexão teórica, decorrente da necessidade da aplicação.

II) Falta de **consciência de sua própria historicidade**. Em que pese surgir da Escola Histórica e admitir a variabilidade do direito positivo e dos dogmas jurídicos, a dogmática jurídica não tem consciência de sua própria variabilidade, **tornando-se, ela própria, um dogma, enquanto método jurídico**.

III) **É uma descrição e uma forma de compreensão das normas jurídicas, eliminando a prescrição e pretendendo uma objetividade científica**. Assim, é uma descrição, pois ocupa-se de prescrições e, mesmo não sendo valorativa, ocupa-se das valorações normativizadas. Ao mesmo tempo, ao descrever, descarta a possibilidade de prescrever, pois tem pretensões de objetividade, e estas descrições recaem sobre

prescrições valorativas, que impõem condicionamentos à suas objetividades científicas.

2.3.3. O Problema do Objeto

A delimitação do objeto da dogmática jurídica, parece, em princípio, questão de fácil solução: este seria o direito positivo de um determinado país. Diz Bobbio: "Ante todo, hay de precisar cuál es la materia sobre la que actúa el jurista: el clamado problema del objeto de la jurisprudencia. La materia sobre la que actúa el jurista es un conjunto de **reglas de comportamiento**". (16)

Entretanto, ao abordar a dogmática enquanto método, AHG o faz somente a partir de linhas gerais e universais que confrontam com o seu objeto histórico e espacialmente determinado pela vigência, em um determinado tempo e em uma determinada comunidade jurídica. **É imperioso resolver este paradoxo, para portanto, apontar, rigorosamente, o objeto de estudo.**

A primeira tarefa, seria, então, segundo AHG, a **identificação das normas jurídicas**. Esta questão, diz o professor espanhol, já não representa um problema de difícil solução. A codificação delimita a si própria e às fontes que, por sua vez, delimitam o direito. (17)

O segundo momento consiste na *interpretação*. É aqui que reside o principal problema para a identificação do que seja o direito. Neste momento, recorremos, novamente, a Norberto Bobbio, que acreditamos ser o mais preciso, *quando considera a interpretação como a análise da linguagem normativa*.

Esta é a opinião do jurista para a construção da jurisprudência. Pergunta-se ele: "Qué és, en efecto, la interpretación de la ley sino análisis del lenguaje del legislador, de ese lenguaje en el que se expresan las reglas jurídicas?" E ele mesmo responde à questão, situando bem o problema que AHG procura resolver: "No hay ciencia del Derecho, en suma, fuera de la labor del jurista intérprete, el qual precisamente como tal intérprete realiza ese análisis lingüístico del que ninguna ciencia puede prescindir y constituye ese lenguaje riguroso en el que consiste (...) el carater esencial de todo estudio que pretenda tener validez de ciencia". (19)

AHG não é tão rigoroso na delimitação e solução do problema, embora, em linhas gerais, não discorde de Norberto Bobbio. Segundo Gil, a interpretação tem os seguintes atributos:

1º) Su carácter general y necesario (...) La interpretación es un modo de comprender que alcanza a la

total interlocución jurista/norma, (...). esto quiere decir que el viejo principio conforme al cual sólo requieren ser interpretadas las normas oscuras carece de justificación. **No se trata, pues de un remedio a utilizar cuando se plantean dificultades, sino del medio general de obtener el conocimiento.**

29) A los dos criterios tradicionales de la interpretación, el literal y el lógico **la dogmática**, le incorporaron el histórico y el sistemático.

30) Todos los elementos **interpretativos** están equiparados y, por lo tanto, son concurrentes". (20)

Ainda, na interpretação, segundo Gil, há que se distinguir a interpretação feita pelo jurista prático e a feita pelo jurista científico. A primeira, que é a interpretação típica, tem em vista a solução de problemas concretos e particulares. Há o encontro, necessário, entre os fatos concretos e sua significação normativa, devidamente individualizada.

Porém, a interpretação científica, no campo da dogmática, contrariamente, não individualiza, senão que generaliza. **Seu objetivo é esgotar todas as possibilidades significativas das normas jurídicas, iniciando o trabalho de elaboração da construção jurídica que determinará o sistema**

jurídico, categoria específica utilizada pela dogmática jurídica, para designar o direito em seu conjunto.

A construção jurídica tem como categorias operacionais *as normas jurídicas, os conceitos, as relações, as instituições e o sistema*. Destas, as fundamentais e definitorias do modelo dogmático são os *conceitos e os sistemas*. (21) Gil o considera como o desenvolvimento de um processo mental discursivo, para cuja configuração é necessário formular proposições e juízos.

Porém, o autor espanhol aponta para os problemas do tratamento dos conceitos pela dogmática. Esta não os trata como processos discursivos, mas sim como figuras dotadas de realidade autônoma, cuja investigação remete ao uso das intuições e a um processo de ontologização das figuras jurídicas, e não a uma análise operacional lógico-discursiva, nos termos já formulados anteriormente por Jhering.

Quanto ao *sistema*, embora AHG reconheça sua importância como categoria fundamental e definidora para a dogmática jurídica, Gil não consegue desligar-se da idéia savignyana de sistema e elaborar uma formulação teórica consistente sobre esta categoria operacional.

Para Savigny, no **sistema**, há o primado da harmonia entre as instituições jurídicas, é onde elas encontram sua unidade orgânica. No entanto, embora Gil reconheça que a unidade orgânica foi substituída pela unidade lógica e, ainda, que a ciência não concebe mais a existência de um sistema prévio, mas que o elabora conceitualmente, considera, ainda o primado da harmonia como o fator fundante do sistema.

NOTAS

- (01) GIL, Antonio Hernández. *Problemas Epistemológicos de la Ciencia Jurídica*. Madrid. Ed. Civitas. 1981. p. 10.
- (02) GIL, Conceptos. p. 11.
- (03) BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste dos Santos. Brasília. Ed. Polis/UnB. 1991. pp. 19-35.
- (04) Para se ter uma melhor compreensão recomenda-se a leitura completa da obra citada.
- (05) GIL, Conceptos. p. 33.
- (06) GIL, Problemas... p. 11.
- (07) GIL, Ciencia Jurídica Tradicional... p. 18.
- (08) GIL, Conceptos. p. 33.
- (09) GIL, Problemas... p. 153.
- (10) GIL, Ciência Jurídica Tradicional... p. 19
Gil não desenvolve satisfatoriamente esta conexão, limitando-se a citá-la rapidamente.
- (11) GIL, Conceptos. p. 94.
- (12) PUCEIRO, Enrique Zuleta. *Teoria del Derecho*. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1987. p. 68.
- (13) GIL, Ciência Jurídica Tradicional... p. 41.
- (14) GIL, op. cit. p. 41.
- (15) FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo. Ed. Atlas. 1988. p. 50.

- (16) BOBBIO, Norberto. Ciencia del Derecho y Analisis del lenguaje. *In Contribucion a la teoria del derecho*. Trad. Afonso Ruiz miguel. Valencia. Ed. Fernando Torres. 1980. p. 184. Bobbio chama a ciência jurídica tradicional (ou dogmática) de jurisprudência.
- (17) Gil não problematiza a questão sobre as fontes do direito, resolve o problema recorrendo ao próprio ordenamento jurídico.
- (18) BOBBIO, op. cit. p. 187. Prosseguindo com as idéias analíticas, Bobbio aponta três fases à análise da linguagem:
- a) Purificação da linguagem;
 - b) A integração, e;
 - c) A ordenação.
- (19) GIL, Ciência Jurídica Tradicional. p. 58.
- (20) Para Gil as normas jurídicas são mandatos estatais, as instituições são tipos de realidades concretas, socialmente arraigadas e articuladas que dotam de sentido e condicionam a ordenação jurídica e; as relações são o pressuposto real e social de toda ordem jurídica.
- (21) GIL, Ciência Jurídica Tradicional. p. 79.
- (22) Neste momento Gil não se preocupa em desenvolver seu conceito de sistema porém, constatamos que, na sua fase estruturalista este problema assume um sentido especial. Por ora, podemos perceber que ele não está

preocupado em separar o conceito de sistema no direito
(objeto) nem na Ciência Jurídica.

CAPÍTULO III

ESTRUTURALISMO E DIREITO

Capítulo III

Estruturalismo e Direito

3.1. Considerações Gerais

Vencidas as duas fases iniciais da trajetória intelectual de AHG, ingressamos, agora, na sua **terceira etapa**, momento denominado por ele de **superação da crise**, e podemos considerá-lo, como o momento mais criativo de sua obra. O professor espanhol dedica-se, neste período, ao estudo do estruturalismo, **com vistas à construção da ciência jurídica estrutural**.

Gil desenvolve seu interesse pelo estruturalismo entre os anos de 1964 e 1972, exatamente quando os intelectuais o colocavam, no auge da moda estruturalista. Este fato, diz ele, pode comprometer o caráter científico do seu trabalho, levando-o a parecer uma simples consequência da moda, uma trivialidade.

No entanto, justifica Gil, "el estructuralismo ofrece un campo de cuestiones y un modo de operar dignos de nuestra atención me refiero, claro es, al estruturalismo

serio y riguroso que, remontándose a Saussure se ha desarrollado fundamentalmente en la lingüística para extenderse luego a otros ámbitos" (01). *Para o autor, a contribuição do estruturalismo está na possibilidade de fixar a especificidade do jurídico*, problema este que tem acompanhado a ciência jurídica e não foi resolvido por nenhuma das três concepções fundamentais do direito.

Segundo Gil, mesmo o expoente máximo das tentativas purificadoras, a Teoria Pura do Direito, e algumas projeções da filosofia analítica que expulsaram a história, a psicologia, a sociologia e a ética da ciência jurídica, não eliminaram a lógica. O interesse do autor pelo estruturalismo, especificamente pelo estruturalismo lingüístico, parte deste ponto.

O estruturalismo lingüístico teve por objeto a linguagem e suas estruturas. Esta é a entidade epistemológica preponderante: tudo que não pertence à natureza é linguagem. Isto explica o fato de ela ter despertado, no andar do tempo, grande interesse cognoscitivo. *A proposta do estruturalismo lingüístico, por sua vez, é tratar a linguagem somente como linguagem, ou seja, liberada de todas as influências externas ao seu objeto, inclusive a lógica, quando rejeita a gramática tradicional por ser preponderantemente lógica e narrativa.* As várias transformações experimentadas no estudo da

linguagem, a crise da gramática tradicional e a preocupação do estudo da linguagem, como objeto exclusivo de investigação científica, dão origem ao chamado estruturalismo linguístico.

As preocupações que levam ao surgimento do estruturalismo norteavam o processo de conhecimento da linguagem, consistiam em: poder determinar o objeto da lingüística sem o apoio das disciplinas vizinhas: criar instrumentos próprios que permitissem apreender o conjunto dos traços de uma língua dentro do conjunto das línguas manifestadas e descrevê-lo em termos idênticos; determinar a "significação" em torno da qual se articula a própria linguagem.

3.2. Ferdinand de Saussure

O grande nome da nova forma de enfrentar o estudo da linguagem é, sem dúvida, Ferdinand de Saussure. Este linguista genebriano, consagra, em seus estudos iniciais, o estudo da gramática comparada das línguas indoeuropéias, não se preocupando com a lingüística. Somente após a sua morte, surge o "Cours de linguistique générale" (02) redigido por dois alunos seus, a partir de três cursos ministrados na

Universidade de Genebra, durante os anos de 1906 a 1911. Esta obra expressa suas idéias sobre uma nova lingüística.

Saussure não se utiliza do vocábulo estrutura, nem estruturalismo, porém lança a idéia do chamado método estrutural. Não pode ser considerado o fundador desta escola, mas, certamente, estabeleceu o seu ponto de partida. A partir do legado intelectual de Saussure, irradia-se a idéia do estruturalismo para outros âmbitos do saber.

Segundo Warat, "o maior mérito de Saussure encontra-se, indiscutivelmente, em sua revolucionária postura epistemológica, que determinou a possibilidade de refletir a partir de um novo lugar teórico, sobre os diferentes sistemas signicos" (03). ***Saussure escreve guiado pelas preocupações dos lingüistas da sua época e constrói uma teoria geral dos signos.***

Para ele, a tarefa principal da lingüística consiste em: fazer a descrição e a história de todas as línguas; deduzir leis gerais às quais se possam referir todos os fenômenos peculiares da história e delimitar-se e definir-se a si própria (04).

No pensamento de Saussure, são fundamentais as chamadas "dicotomias". Sua teoria se constrói a partir das oposições ***língua/fala; diacronia/sincronia e***

significante/significado. E, fundamentalm também em Saussure, a noção de sistema, valor e significação.

A criação da dicotomia língua/fala, é o primeiro momento de Saussure na construção de sua teoria. Nela, **a língua é o conjunto de signos que serve de meio de comunicação entre os integrantes de uma mesma comunidade, podendo ser vista tanto como uma instituição social, e quanto, como um sistema de valores sígnicos.** A fala é o uso que cada membro da comunidade faz da língua para que seja compreendido. É um ato individual do pensamento humano.

Barthes, tecendo considerações sobre o pensamento de Saussure, afirma que a língua, como instituição social, trata-se, essencialmente, de um contrato coletivo ao qual temos de nos submeter em bloco, se quisermos comunicar-nos. Afirma, também que, como sistema de valores, a língua é constituída por um pequeno número de elementos de que cada um e, ao mesmo tempo um **vale-por** e o termo de uma função mais ampla onde se colocam diferencialmente outros valores correlativos (05).

Saussure diferencia dois planos, o social e o individual. A língua faz parte do plano social, é um conjunto de possibilidades combinatórias limitadas somente pela inteligibilidade e o sentido. A fala, por sua vez, pertence ao plano individual concreto de seleção mental com

o objetivo de exprimir o pensamento. Embora estejam em dois planos diversos, língua e fala implicam-se mutuamente. *A fala aparece como o antecedente a partir do qual se forma a língua. Mas é, também, a realização da própria língua (06).*

O autor genebriano diferencia, também, linguagem, de língua e fala. A linguagem seria, para Saussure, um sistema complexo de várias línguas, um fato que pertence à natureza. A linguagem não se confunde com a língua, pois esta é, somente, uma parte determinada daquela, não sendo natural, mas adquirida e convencional. A fala distingue-se das outras duas por ser um ato individual pensado e inteligente, pressupondo uma vontade do indivíduo falante.

AHG comentando Saussure diz "que el lenguaje es el sistema de todas las lenguas, la lengua se muestra como el sistema particular de una sociedad determinada. El habla es la realización particularizada de la lengua, su aplicación concreta e individual" (07). Afirma, ainda, que Saussure, a partir desta diferença, consagra uma nova ciência, a semiologia, que está destinada ao estudo dos signos.

A lingüística é uma parte ideal da semiologia. Nela Saussure desenvolve sua teoria sobre os signos. Os signos, por sua vez, encontram-se organizados num sistema lingüístico ou numa língua determinada. "A língua é caracterizada, ao longo do Cours, como um sistema de signos."

Assim, a análise das relações entre os elementos da língua exige a explanação da noção de língua como sistema. Por sua vez, para a compreensão da noção de sistema, necessita-se recorrer às idéias de solidariedade e diferença" (08).

O signo, menor unidade lingüística, é a combinação do conceito e da imagem acústica. ***O conceito é chamado por Saussure de significado e a imagem acústica de significante.***

Estes dois elementos estão interligados, por uma conexão necessária (para todo significante há um significado e vice-versa). Pode-se dizer que correspondem aos dois lados de uma mesma moeda, não havendo um sem o outro. A relação que envolve o significante e o significado é arbitrária, irracional e convencional. Não há nada que indique uma correspondência natural entre o significante e o significado. O signo também é imutável e mutável ao mesmo tempo. É imutável, pois a relação de arbitrariedade resiste duramente a qualquer tentativa de modificação, mas é também mutável, pois há uma capacidade de evolução, ainda que lenta, na relação convencional significante/significado.

Entretanto, o signo não retira sua significação somente da relação significante/significado, mas, também, da relação com outros signos. ***Se estes estão dispostos num sistema onde o fundamental são as diferenças e o carácter solidário, sabemos que sua significação somente pode ser***

obtida pela oposição de um signo com relação aos outros(Ex.: sol/chuva). E o fato de serem solidários no sistema, determina uma mútua dependência, fazendo com que o valor de um signo dependa da presença de outro (Ex.: frio, morno, quente).

O conceito de sistema para o estruturalismo é de uma importância fundamental, pois define o seu significado a partir do próprio estruturalismo. Assim, diz Warat: "Não foi Saussure quem introduziu a noção de sistema na lingüística, mas quem lhe deu um papel metodológico fundante na organização da chamada ciência da linguagem". (09) O sistema para Saussure é uma combinação solidária de oposições, no qual, o todo é diferente das partes.

A partir do conceito de sistema, o conceito de valor adquire uma importância central na lingüística de Saussure. Ele é a chave do próprio sistema, e determina a especificidade da lingüística como ciência, para o professor genebriano.

A noção de valor determina as relações no interior do sistema, pois as estabelece na base da totalidade solidária. Segundo AHG "El valor implica de suyo estimación, medida, comparación, contraste, tomar en cuenta la función, las relaciones. Equivale a aplicar a algo un criterio

estimativo por el que tiene sentido dentro de un conjunto".

(10)

O conceito de valor, para ser bem explicado, deve ser diferenciado do conceito de significação. A significação é equivalente ao conceito correspondente da imagem auditiva (o significante). Entretanto, o valor define-se, quando um signo, considerado em si mesmo, é a contraparte de um outro signo. O valor resulta da presença simultânea de cada signo, ou seja, determina-se por aquilo que o rodeia. Porém, o valor não é concebível separadamente da significação. Em verdade, começa com esta e a ultrapassa, ao encontrar seu sentido na relação signo/signo.

A incidência do tempo sobre os valores e a hiper-valorização do conceito de sistema, levam Saussure a distinguir dois tipos de lingüística a: SINCRÔNICA E A DIACRÔNICA.

"A lingüística sincrônica ocupa-se das relações que unem os termos coexistentes e que formam o sistema tais como são percebidos pela consciência coletiva... A lingüística diacrônica estudará, pelo contrário, as relações entre os termos sucessivos, não percebidos por uma mesma consciência coletiva e que se substituem uns aos outros sem formar sistema entre si". (11)

Para Saussure, não há possibilidade de estudar ambas simultaneamente. As relações dos signos no sistema e na história são de caráter diferenciado. *Obviamente, o autor privilegia o estudo da lingüística sincrônica, levando em consideração os fatos simultâneos e nunca sucessivos.* Isto porque Saussure considera "a língua um sistema do qual todas as partes podem e devem ser consideradas em sua solidariedade sincrônica". (12) As mudanças nunca atingem o todo solidário, mas os seus elementos constitutivos. É o estado da língua que importa para Saussure e qualquer condição dada tende a manter-se por um longo espaço de tempo no qual a soma das modificações é mínima.

AHG diz que, não obstante Saussure não conhecer o direito, ou a Ciência Jurídica no seu aspecto epistemológico, traz consigo idéias e conceitos que podem ser aproveitados, para a construção da ciência jurídica estrutural. A proposta de Gil diz que a jurisprudência deve seguir os mesmos caminhos da lingüística, o que faz obrigatório referir-se ao pensamento de Saussure.

Segundo AHG, Saussure desconhece o direito e demonstra falta de compreensão da ciência jurídica, quando afirma que a jurisprudência não opera com valores, não havendo, portanto, uma oposição entre ciência descritiva do direito, e uma história do direito podendo as duas coexistirem num mesmo estudo.

Gil, ao criticar este entendimento, demonstra que a separação sistema/história provém de Savigny, anterior a Saussure, sendo mais antiga esta separação na ciência jurídica que na lingüística, porém, tanto Saussure, quanto a escola histórica do direito exageraram na procura de um rigor sistemático, estabelecendo um dogmatismo do sistema. A diferença entre ambos está em que Saussure ateve-se à realidade da fala (nada formal) e a escola histórica dirigiu seus estudos ao direito romano (altamente formalizado).

Outra crítica efetuada por AHG a Saussure refere-se ao conceito de lei do semiólogo. Para este lei é igual a imperatividade e generalidade. Porém, ele acreditava que as leis sincrônicas são gerais, mas não imperativas, pois impõem-se pelo uso coletivo. Esta aceitação geral descaracterizaria a arbitrariedade, excluindo assim a proximidade entre a lingüística e a ciência jurídica, que trabalharia com leis fundamentalmente imperativas. Gil diz ultrapassado este conceito pois: "El que falte una fuerza externa que garantice el mantenimiento de la regularidad, no es argumento bastante a nuestro juicio, para que no tenga un puesto a alguna manifestación de imperatividad inmanente, interior, a la que se tiende psicológica y colectivamente por la necesidad de entenderse en el Derecho, concretamente, se da una organización estatal, que se manifiesta más o menos acusadamente según las zonas de regulación, pero no

cualquier falta de coacción directa, cualquier fisura, se traduce en una negación del orden jurídico". (13)

Gil afirma que a ordem lingüística constitui-se num sistema talvez mais arbitrário que o próprio direito, pois exclui das possibilidades de comunicação, aquele sujeito que não observa as suas "regras". O direito, apesar de formalmente coativo, não elimina do sistema de convivência aquele sujeito que o transgride e não elimina, além disso, a própria possibilidade de transgressão.

3.3. Claude Lévi-Strauss

A partir de Saussure e o desenvolvimento das suas idéias chega-se à chamada Lingüística Estrutural que responde a estes postulados: "estudio de la lengua en sí misma, y desde su interioridad; plena autonomía de la ciencia lingüística, liberada de influências lógicas, psicológicas, históricas y sociológicas; superposición de la exterioridad de la forma al contenido e incluso total eliminación de éste; y consideración de la disciplina lingüística como estrictamente descriptiva y en modo alguno normativa". (14)

Os avanços da lingüística estrutural em direção à autonomia, desejada por todas as ciências sociais e humanas, despertam o interesse de diversos pesquisadores para transladar o método estrutural aos seus campos de conhecimento. O primeiro (e mais importante) trabalho realizado neste sentido pertence ao campo da antropologia, realizado por Claude Lévi-Strauss (15). Sua obra consiste em elaborar todas as possibilidades e conseqüências de uma análise estrutural nas ciências sociais e humanas.

No seu artigo, a Análise Estrutural em Lingüística e em Antropologia (16), Lévi-Strauss começa dizendo: "No conjunto das ciências sociais ao qual pertence indiscutivelmente, a lingüística, ocupa, esta entretanto, um lugar excepcional: ela não é uma ciência social como as outras mas a que, de há muito, realizou os maiores progressos; a única, sem dúvida, que pode reivindicar o nome de ciência é que chegou, ao mesmo tempo, a formular o método positivo e conhecer a natureza dos fatos submetidos a sua análise".

Lévi-Strauss vê na lingüística estrutural um acontecimento da maior relevância para as ciências humanas e sociais, capaz de elevá-las ao mesmo plano das ciências naturais. Não acredita, entretanto, que possa existir algum tipo de semelhança entre ambas, nem mesmo no método, mas crê

na possibilidade das primeiras receberem, também, um tratamento científico.

O antropólogo começa a situar as relações sociais especificamente, as relações de parentesco, no âmbito da teoria da linguagem. Tradicionalmente, tanto a lingüística quanto a antropologia eram consideradas ciências históricas, recebendo somente um tratamento diacrônico. O tratamento sincrônico e os resultados obtidos na lingüística levaram Levi-Strauss a acreditar que esta aproximação, de alguma forma, seria possível e extremadamente útil.

O primeiro passo de Lévi-Strauss foi analisar qual a relação entre a linguagem e a antropologia, mais precisamente, entre a língua e a cultura ou, ainda, entre o natural e o artificial: "Penso na relação não mais entre uma língua - ou a própria linguagem - e uma cultura ou a própria cultura - mas entre a lingüística e a antropologia consideradas como ciências (...). É que o problema das relações entre linguagem e cultura é um dos mais complicados que existem. Pode-se, inicialmente, tratar a linguagem como um produto da cultura. Mas num outro sentido, a linguagem é uma parte da cultura". (17)

Ele acredita que não há uma identificação absoluta entre ambas, mas também não há uma dissociação total entre as duas. Defende, pois, uma posição intermediária; encontrar

quais os aspectos que as ligam e qual o nível desta correlação. Ambas, diz Lévi-Strauss, levaram séculos para desenvolver-se na sociedade e ambas evoluíram conjuntamente.

Lévi-Strauss acredita que a antropologia social pertence à semiologia (da qual a lingüística é o tipo ideal de ciência), por ser uma ciência que estuda a linguagem mítica, constituída por signos próprios, como as regras morais e religiosas, as regras de parentesco, de matrimônio etc. Estas regras seriam um conjunto de signos destinados a assegurar a cada grupo ou sociedade num certo tipo de comunicação, possuindo entre si relações necessárias.

O ponto crucial da teoria de Lévi-Strauss está em comparar a linguagem mítica com o sistema da língua elaborado por Saussure. Ambas parecem formar um sistema de signos que estabelecem relações necessárias e cujos elementos detém um valor por pertencerem a um sistema determinado. O signo, na teoria de Saussure é o arbitrário e o natural ao mesmo tempo porém, a partir dele se organiza todo o sistema lingüístico. Da análise do sistema cultural dos diversos sistemas de parentesco o autropológo visa identificar qual seria a unidade mínima e sustentadora do sistema signico para a antropologia e conclui que é a proibição universal do incesto, pois é universal e arbitrário como a linguagem e constitui o todo, um sistema de unidades métricas.

A outra contribuição de Lévi-Strauss, talvez muito mais relevante para a ciência jurídica, é a divisão que ele efetua entre ciências sociais e ciências humanas. O rigor científico é o critério usado para concretizá-la. O objetivo é o de elevar ao nível de científicas as ciências da cultura.

Ele parte do princípio de que as ciências sociais e humanas formam um conjunto heterogêneo e cujo objeto, na maioria das vezes, nada tem em comum entre si, não tendo, portanto, o mesmo nível de cientificidade. Seu primeiro passo é tentar dissociar as ciências do homem, de acordo com o critério acima descrito.

Seu objetivo, é claro, está em obter, para algumas ciências sociais e humanas, o mesmo "status" atingido pela lingüística e, supostamente, pela antropologia. Assim, aquelas ciências cujas pesquisas remetem a resultados valorativos, não têm a qualidade de ciência, ainda que sendo ciências humanas.

Concretamente, a divisão efetuada por Lévi-Strauss conduz a este resultado: as ciências do homem estariam divididas em dois grupos compostos desta maneira: **Ciências Humanas** - pré-história, arqueologia, história, antropologia, lingüística, filosofia, lógica, psicologia; e **Ciências**

Sociais - jurídicas, econômicas, políticas, sociológicas e psicologia em geral.

AHG critica as idéias de Lévi-Strauss a partir do seguinte pressuposto: o antropólogo francês não conhece a ciência jurídica e suas potencialidades excluindo-a do âmbito das ciências humanas e daquelas que podem pertencer à semiologia. Acredita que há uma possível analogia entre a antropologia e o direito que Lévi-Strauss desconheceu.

Segundo Gil, se a antropologia possui um sistema de relações necessárias e um signo arbitrário e universal (a proibição do incesto), pertencendo por isto, à semiologia; o direito também pode. A posse seria, o equivalente a uma relação universal e primária do homem com as coisas que marca a passagem da natureza ao cultural. A posse é anterior à regra de direito que institui a propriedade privada. Para Gil: "la propiedad privada es la expresión jurídica culminante del poder de la persona sobre las cosas. Por ser expresión jurídica pertenece desde luego al mundo de la cultura. Pero, que incube ese nudo, ese envoltorio de reglas jurídicas, artificiales y "civilizadas" que constituye la propiedad tal como se encuentra en los códigos y en las doctrinas jurídicas? La más directa proyección de la persona sobre las cosas, determinante de consecuencias jurídicas dirigidas al mantenimiento de una situación dada: e aquí el bosquejo aproximado de la posesión". (18)

A segunda crítica do jurista espanhol provém do desconhecimento de Lévi-Strauss para com a ciência jurídica. Gil acredita ser este o motivo pelo qual o antropólogo não coloca o jurídico no âmbito das ciências. O fato está em que Lévi-Strauss considera o direito um sistema artificial, criado somente para exercer funções técnicas, na qual é impossível para os seus operadores (juiz, promotor, advogado) colocar suas expressões particulares ou expressar suas posturas ideológicas e práticas, como acontece nas ciências com caráter científico.

Gil, no entanto, lembra que o direito detém três facetas a partir das quais pode ser estudado:

- a) a técnica consagrada à tarefa de aplicação das normas;
- b) os diversos ramos do direito (cível, penal, comercial, etc.);
- c) a teoria e metateoria, filosofia, sociologia, etc.

Somente o estudo teórico do direito pode, para Gil, ser submetido aos modos estruturalistas nos moldes da antropologia. Somente um teórico da ciência jurídica pode ser comparado a um antropólogo ou a um lingüista.

3.4. O Conceito de Estrutura e Estruturalismo

A palavra estrutura contempla diferentes significados possíveis. Interessa neste momento aquele que parte da lingüística e que vem dotado de um sentido específico pelo estruturalismo. Para o estudo que se desenvolve, é importante esclarecer qual o significado particular de estrutura e estruturalismo, já que não devem ser confundidos com o sentido vulgar de seu uso, que ordinariamente lhes dão significados antagônicos. — Estruturalismo não é acréscimo de um ismo da palavra estrutura, não é o seu derivado gramatical. Pelo inverso, é o estruturalismo que dota de um significado especial a palavra estrutura.

O estruturalismo é um método que tem como regras de sentido dois postulados: a anteposição das relações entre as coisas em si, e a anteposição do todo a seus elementos ou termos constituintes. O todo é a entidade diferente das partes.

O estruturalismo, formulado a partir da lingüística, também tem a característica de impor rigor ao

estudo do seu objeto e serve como modelo para as outras ciências humanas e sociais.

Sua importância do estruturalismo emana da constatação da existência de invariáveis nas estruturas, do fato de dedicar-se à análise de *um sistema como um todo, mas somente de um todo em particular* (Ex.: lingüística: estudo da linguagem, mas somente o estudo das línguas concretamente determinadas).

Segundo AHG os traços metodológicos mais importantes do estruturalismo são:

- a) deter a tarefa de descobrir as estruturas;
- b) ser oposto ao idealismo e à dialética marxista;
- c) o mundo apresenta-se através de complexos sistemas de signos, do qual o mais elaborado é a lingüística;
- d) o desprezo pela filosofia e o conformismo (ou até a resistência) para com as transformações políticas, evitando as mudanças e favorecendo as estabilizações;
- e) posterga o primado da história;
- f) importam somente as grandes estratificações com autonomia para expressar as estruturas;
- g) estabelece a seguinte escala:
Relação/todo/partes, sendo que o todo não é a soma das partes, é aquele que se antepõe

a estas, realizando-se em cada um dos seus elementos;

h) representa o pensamento formalizado e codificado, e;

i) discute o papel do homem na sociedade. (19)

Se o estruturalismo, enquanto método, define a estrutura, devemos considerar, que esta por sua vez, define o estruturalismo, restando uma interrelação, na qual um interage sobre o outro. Para caracterizar e conceituar estrutura, devemos desprezar todos os usos comuns que se fazem da palavra, lembrando, todavia, que no próprio estruturalismo não há uma unanimidade com respeito ao conceito de estrutura, somente sendo possível encontrar alguns traços definitórios.

Benveniste (20), define o termo estrutura da seguinte forma: "o princípio fundamental é que a língua constitui um sistema no qual todas as partes são unidas por uma relação de solidariedade e de dependência. Esse sistema organiza unidades que são signos articulados, que se diferenciam e se delimitam mutuamente. A doutrina estruturalista ensina a predominância do sistema sobre os elementos, visa a destacar a estrutura do sistema através das relações dos elementos, tanto na cadeia falada como nos paradigmas dos elementos, e mostra o caráter orgânico das mudanças às quais a língua é submetida".

A estrutura encontra-se, sempre, ligada a um sistema que organiza seus elementos de uma forma diferencial. Na compreensão "estrutural de estrutura", os termos organizam-se pelas oposições e diferenças. Constituem uma totalidade que se auto regula e consolida, sendo amplamente resistente ao tempo e às mudanças históricas.

AHG limita-se a apresentar suas principais características:

- a. elementos, partes o términos (...)
- b. totalidad, un conjunto global (...)
- c. propiedad de la totalidad (...) consisten en la prioridad y en la autonomia que se asigna a la totalidad que encierra una autorregulación;
- d. propiedad de los elemntos(...) que se realizan en la totalidad;
- e. relaciones;
- f. modificaciones;
- g. solodariedad;
- h. autorregulación: la estrutura es criadora de sus propias leyes en la que se manifiesta y se mantiene como totalidad cerrada." (21)

3.5. ESTRUCTURALISMO JURÍDICO: JUSTIFICATIVA DA PROPOSTA DE ANTONIO HERNADEZ GIL

Após apresentadas as origens do Estruturalismo (Saussure), seu desenvolvimento mais exaustivo (Hjmslev), suas aplicações a outros campos do conhecimento (Levi-Strauss) e, ainda, os conceitos fundamentais deste novo método de abordagem das ciências humanas e sociais, *oportuniza-se o momento de apresentar os argumentos de AHG para a construção do estruturalismo jurídico como proposta de renovação da ciência jurídica.*

Em princípio é possível constatar, que a obra de Gil ultrapassa a mera comparação e aproximação das categorias estruturais às jurídicas, *resulta, antes, numa nova proposta metodológica de estudo da ciência jurídica que, se parte de Saussure e Lévi-Strauss, em vários momentos os sepeira e os crítica, procurando atingir a especificidade e a autonomia do saber jurídico.*

Ao realizar uma análise inicial sobre a ciência jurídica Gil parece frustrar-se. Para ele, o direito, apesar de constituir um objeto de extremo valor à sociedade e as relações que esta, particularmente, estabelece, a ciência destinada a observá-lo e descrevê-lo em nada tem interessado aos teóricos desta área.

Isto acontece, segundo Gil, porque a ciência jurídica tem problemas intrínsecos não resolvidos, o que, impossibilita acompanhar o desenvolvimento de outras ciências. *AHG acredita fundamental determinar a singulariedade do jurídico, escapando do sincretismo metodológico no qual se encontra a ciência jurídica, encontrando o direito a sós.* Ele contata que mesmo o referencial mais completo (Teoria Pura do Direito), tendo chegado mais próximo que os outros deste ideal e, abstraído da ciência jurídica a sociologia, a política, a moral etc. não consegue eliminar a lógica, não encontrando o direito a sós.

É desta insatisfação com o estado da jurisprudência, que Gil resume como sendo a preocupação pela *Autonomia da Ciência Jurídica*, e, ainda da sua curiosidade de experimentar novos métodos científicos junto a ciência jurídica que nasce, para Gil, o "estruturalismo jurídico". *Este deverá realizar uma análise dosistema em sua interioridade, como um todo, mas com procedimentos apropriados ao todo em particular. Deverá, ainda, construir um sistema autônomo de normas para analisar suas estruturas subjacentes.*

AHG resume sua tentativa da seguinte forma: "el saber jurídico está necesitado de penetración analítica. El estructuralismo viene a ser una descripción preocupada del

todo y de los detalles. Por eso pensamos en él con cierta esperanza de renovación". (22)

3.5. APLICAÇÃO DO MÉTODO ESTRUTURAL AO DIREITO

A proposta de AHG para a construção de um "estruturalismo jurídico", requer, de sua parte, que sejam feitas determinadas considerações preliminares, com o objetivo de situar o campo de análise estrutural e identificar as possibilidades deste tipo de conhecimento sobre o direito.

Inicialmente, preocupa-se, com o nível do fenômeno jurídico que deverá atuar o estruturalismo jurídico. Para ele, isto só pode ocorrer *no nível da ciência do direito, pois por ser pura e exclusivamnete um método científico não está preocupado com nenhuma questão de ordem axiológica, nem com a aplicação prática de seus resultados*. Diz Gil: "el estructuralismo se circunscribe a la identificación de sistemas para penetrar en su interioridad y hallar las reglas conforme a las quales se relacionan los elementos dentro de un sistema de diferencias y oposiciones." (23)

Determinado o nível no qual seria possível realizar a análise estrutural sobre o direito, *resta saber qual seria o objeto de análise, ou seja, sob que forma deve ser considerado o direito, para tal finalidade*. Gil opta pelo

plano formal para caracterizar o direito. Neste plano o direito é visto a partir da norma. Contudo, constatando que atualmente, a norma carece de expressão jurídica maior, quando considerada isoladamente, Gil opta por estabelecer como o objeto da análise estrutural o chamado ordenamento jurídico, pois amplia o conceito de direito.

O conceito de direito enquanto ordenamento jurídico é introduzido na ciência do direito por Norberto Bobbio (). Para Bobbio, a norma jurídica não serve mais como referencial para definir o direito, pois o avanço da complexidade social produziu uma defazagem quanto a esta possibilidade. Segundo ele, somente no ordenamento jurídico é possível encontrar algum substrato estruturalista: " (...) pela teoria tradicional, um ordenamento se compõem de normas jurídicas, na nova perspectiva normas jurídicas são aquelas que compõem o ordenamento jurídico." (24).

A partir do conceito de ordenamento jurídico, aparece a primeira demarcação provisória daquilo que AHG chama de "*equivalências jurídicas*". Estas resultam da transposição das figuras linguísticas (linguagem, língua e fala) para o campo do ordenamento jurídico.

Considerando que o direito também pode ser fruto desta tripartição: **DIREITO** como conceito global suscetível de compreender a instituição humana e social que rege grandes setores do comportamento humano, com vistas a

organizar a convivência; **ORDENAMENTO JURÍDICO** conjunto de sistemas de normas que regem uma comunidade social; **REALIZAÇÃO DO DIREITO** série de atos individuais e concretos que, atrelados ao ordenamento jurídico, levam a sua aplicação.

A correlação fica, provisoriamente, estabelecida da seguinte forma:

DIREITO = LINGUAGEM conceitos globais suscetíveis de compreender todas as manifestações humanas;

ORDENAMENTO JURÍDICO = LÍNGUA sistemas vigentes em uma determinada comunidade social;

REALIZAÇÃO DO DIREITO = FALA compreende a aplicação do sistema.

Estas equivalências para o autor não podem ser consideradas absolutas. Segundo ele, se todas as equivalências resultam da suposta igualdade entre "**ORDENAMENTO JURÍDICO = LÍNGUA**", isto significaria que se pode igualar o ordenamento jurídico brasileiro à língua portuguesa, considerá-lo como um sistema de signos e, inclusive, considerá-lo como pertencente à ciência que estuda os sistemas signícos, a semiologia.

Para verificar a veracidade (ou não) destas equivalências, AHG faz várias considerações. A primeira diz

respeito à real amplitude da igualdade considerada. Embora ambos possuam algumas semelhanças - são criações humanas, fenômenos sociais e instrumentos de comunicação intersubjetiva - não se deduz daí que ambos possam ser vistos como iguais, pois as semelhanças limitam-se as apresentadas.

Embora, na sua origem, ambos fossem aceitos naturalmente, emanassem diretamente da sociedade, hoje este fenômeno não se repete com o direito. A língua continua sendo um fato social inexoravelmente confiado a sociedade. Porém, o direito a cada momento, experimenta uma maior racionalização e formalização, que aumenta o grau de dependência do Estado. Já a língua não conta com regras expressas previamente, pelo contrario, despreza-as. Não se trata de analisar as regras impostas pela gramática tradicional, mas preocupa-se em formular regras que respondam a combinação do sistema. O direito apresenta para a análise estrutural regras já formuladas, que são o próprio objeto de análise estrutural.

A *realização do direito* também se constitui num obstáculo à plena vigência destas equivalências. Se a língua não sobrevive sem a fala, e ambas implicam-se mutuamente, no direito o fenômeno não se repete. Mesmo as correntes realistas sociológicas, que não admitem o direito não realizado, ou o consideram inexistente, pois confundem realização com aplicação (25) admitem que o direito é

cada vez mais compreendido como sistema e que este é a preocupação central da ciência jurídica, porém sem que isto implique numa consideração estruturalista.

Assim, nos diz AHG : " El analisis estructural no puede consistir en poner de manifiesto ese orden o sistema con que ya se ofrece el derecho en los ordenamientos juridicos. Su cometido demanda un análisis en profundidad (...). Las normas ofrecen más combinaciones de elementos que responden a unas reglas obedientes a la estructura del sistema." (26)

Em face destas diferenças, surgem as dificuldades de se realizar uma análise estrutural do direito, pois elas impedem que se trate a língua igual ao ordenamento jurídico. Também não é possível igualar a fala a realização do direito pois esta não tem um sentido fundante no sistema jurídico como a fala no sistema linguístico. **Para AHG, a correspondente ideal da fala seriam as normas jurídicas, pois elas se contituem num falar do direito.** Estas são enunciados linguísticos com sentido regulador que atribuem um significação jurídica às relações já existentes.

O correlato da língua estaria para Gil, na base do ordenamento jurídico, seria algo pressuposto por este e que o faz possível. O ordenamento jurídico é a versão de um

sistema subjacente, às custas do qual se elaboram proposições normativas, as quais no seu inter-relacionamneto resultam no ordenamento jurídico. Este se constitui a partir dos elementos combinatórios, ou signos, que além de possuírem uma significação lingüística, possuem uma significação jurídica, compondo o sistema a partir das opções do legislador.

As* conclusões de AHG são as seguintes:

a. A ciência jurídica não poderá tornar-se exclusivamente estrutural, mas poderá ser objeto de análise estrutural;

b. O estruturalismo permitirá um meio-termo razoável entre a variabilidade histórica, social, política e econômica e a imobilidade do positivismo, contribuindo decisivamente para encontrar a especificidade do jurídico.

Ao desenvolver este capítulo, procuramos estabelecer de que forma Gil pretende elaborar o estruturalismo jurídico, verificando quais os passos seguidos pelo autor para tal. Entretanto, apresentadas as suas conclusões verifica-se o resultado insatisfatório de seu trabalho, pois não consegue atingir uma sólida construção para sua proposta, restando-lhe somente

considera-lo como um método especulativo para o saber jurídico. AHG não logra construir o sistema autônomo de conhecimento sobre o qual deveria recair o estudo estruturalista, realizando somente uma aproximação (talvez mais elaborada que as anteriores) das categorias jurídicas as lingüísticas. Contudo, este fato não invalida seu trabalho, apenas o limita a um espaço para reflexão no âmbito fenômeno jurídico.

NOTAS

- (01) GIL, Antonio Hernández. *Metodología de la Ciencia Jurídica. Vol II.* p.204
- (02) SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de Lingüística Geral.* p. 31
- (03) WARAT, ROCHA, CITTADINO. *O Direito e sua Linguagem.* p.14
- (04) SAUSSURE. op. cit. p.36
- (05) BARTHES, Roland. *Elementos de Semiologia.* p.13
- (06) SAUSSURE. op. cit. p. 42
- (07) GIL. op. cit. p.245
- (08) WARAT. op.cit. 22
- (09) WARAT. op. cit. 25
- (10) GIL. op. cit. 250
- (11) BARTHES. op. cit. p 16
- (12) SAUSSURE. op. cit. p.45
- (13) GIL. op. cit. 273
- (14) LÉVI-STRAUSS, Claude. *Antropologia Estrutural.* p. 210
- (15) GIL. op. cit. p. 276
- (16) LEVI-STRAUSS. op. cit.p. 212
- (17) LEVI-STRAUSS. op. cit.p. 213
- (18) GIL. op. cit. p. 279
- (19) GIL.op.cit. p.349
- (20) GIL. op. cit. p. 437
- (21) BOBBIO. op cit. p. 12
- (22) GIL. op. cit. p. 356

(23) GIL. op. cit. p.344

(24) GIL op. cit. p. 222

(25) GIL. op cit. p. 412

(26) GIL. op. cit. p. 402

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do trabalho apresentamos e desenvolvemos a obra de AHG sob as perspectivas metodológicas e epistemológicas. Entretanto, acreditamos ainda ser necessário, a título de conclusão, oferecer alguns comentários de certos aspectos de seu trabalho, visando o seu esclarecimento. Notadamente, com relação ao problema da democracia.

A obra de AHG parte das influências jurídicas dominantes na Espanha, de uma análise dos métodos jurídicos, passando por revisão nos aspectos gerais do direito e da ciência jurídica tradicional, até sua fase mais criativa que nos permitiu realizar estudos sobre semiologia e estruturalismo.

No capítulo dedicado ao estudo dos métodos jurídicos desenvolvidos por AHG, nota-se sua dualidade teórica e ideológica, principal característica da primeira etapa de sua obra. Embora tente ressaltar a sua inclinação

para o sociologismo, defendendo a necessidade de uma configuração empírica para o direito, são marcantes as influências do tomismo-suariano, tornando fundamental a existência de critérios valorativos de moralidade e justiça.

Dentro desta perspectiva, AHG critica, conjuntamente, os métodos positivistas- normativistas e sociológicos pois ambos tem como cerne o positivismo. Afirma, portanto, a necessidade de valorar o conteúdo do direito pois este faz parte da norma jurídica.

Esta primeira etapa de AHG apresenta várias contribuições para a discussão. Certamente, Gil está correto ao defender um critério de moralidade e justiça para o direito. Toda sua obra é fruto dessa reivindicação. Ao propor a união entre norma jurídica e conteúdo, ele tem em vista o papel transformador que deseja para o direito, desejando vê-lo como um instrumento na consecução da paz social.

Porém, nos parece que Gil é insuficiente nos critérios que propõe para a valoração do direito. Em sua obra, ele incumbe esta tarefa ao jusnaturalismo escolástico, o que leva a pensar que os critérios de moralidade propostos

seriam de fundo cristão, que encerraria desta forma " a grande questão da teoria jurídica contemporânea, a discussão das relações entre o direito e a democracia." (01).

Acreditamos, na importância de se rever a questão da justiça e da democracia a partir de posturas que representem a possibilidade de conquista de novos direitos para a cidadania. Pode-se trabalhar a partir de Lefort, que, segundo Leonel Severo Rocha: "abre mais espaços para a rediscussão do direito e da democracia". Acompanhando, ainda, a análise de Rocha, sobre os problemas do direito e da democracia, pode-se dizer: "uma tal análise para surtir efeitos inovadores deve romper com todos os preconceitos dogmáticos, a fim de que possamos elucidar os distintos sentidos da democracia. Este tipo de abordagem deve também ser histórico e contextual, sem deixar, ao mesmo tempo, de acompanhar o curso universal dos avanços e recuos das idéias democráticas". (02)

Além do problema das relações entre direito e a democracia, Lefort resgata a questão dos Direitos Humanos, revendo seu sentido, atribuindo-lhes um sentido político de resistência ao totalismo e permitindo que estes atuem enquanto referência para o questionamento do direito

estabelecido, superando o sentido jusnaturalista que lhe é atribuído.

Na segunda etapa, que simboliza sua fase crítica, Gil preocupa-se com a ciência jurídica tradicional e a sua revisão e, ainda, com a definição de direito. Destaca-se neste momento o seu conceito de realização, elemento fundamental do conceito de direito. A realização, para Gil, simboliza uma aproximação com a fala (Saussure/Barthes) que, ao mesmo tempo, que é um reflexo do ordenamento jurídico, é também um elemento constitutivo deste enquanto sistema.

Quanto a ciência jurídica tradicional, Gil não considera a separação entre o seu sentido pragmático e hermenêutico, vendo-a como somente uma forma sofisticada de interpretação normativa e, revelando, então, sua inclinação à pragmática.

Acreditamos que este engano leve Gil a desprezar certas potencialidades da dogmática jurídica, que não podem deixar de ser reveladas pois, implicam relações desta para com a democracia e a prática judicial. Assim, nos diz Warat: "Por que no aceptar que también la dogmática puede indagar, descubrir, crear? (...) La ley jurídica no es comprensible

en su funcionamiento sin la referencia a la dogmática jurídicas que la organiza como garantía abstracta de la propia posibilidad del vínculo social (...) Apoyándome en Castoriadis diría que la dogmática jurídica es el magma particular de significaciones imaginarias que constituyen (heterónomamente)-el mundo del derecho y organizan la vida social de manera correlativa". (03) Portanto, não podemos deixar de concordar com Gil: é necessário transformar a ciência jurídica, mas se deve operar nos termos Waratianos: sem desprezar a ciência jurídica, é, fundamental multiplicar seus significados.

O momento mais importante de AHG, encontra-se na sua terceira etapa; consiste, na aplicação do método estrutural ao direito. Aqui, pode-se dizer, reside a sua originalidade já que foi um dos primeiros juristas a tentar elaborar uma análise estrutural.

Como já foi assinalado, a perspectiva de Saussure, revista por Lévi-Strauss, seria o grande método a ser adaptado. Para atingir seu objetivo, faz uma revisão teórica destes autores, do conceito de estrutura e estruturalismo, discute o conceito de sistema na ciência jurídica e elabora um quadro que lhe permite esboçar a chamada ciência jurídica

estrutural, a partir de categorias aptas a analisar o direito.

Passado o auge dessa escola, apontaram várias posturas que desconstituem a validade e o significado de seus argumentos, tais como a dialética Marxista, as concepções funcionalistas, as concepções hermenêuticas e as críticas de Luhmann. Não é nosso objetivo neste momento elaborar todas estas possibilidades (04), mas criticar, de alguma forma, AHG.

A proposta elaborada por AHG mostrou-se insuficiente no âmbito do fenômeno jurídico e, inclusive, para os objetivos do próprio autor. Isto decorreu, em nossa opinião, de dois elementos que Gil não conseguia atingir: delimitar claramente o seu objeto de estudo e apresentar uma forma de operar com os conceitos por ele construído.

O objeto de estudo seria um sistema autônomo de normas jurídicas que resultaram de uma estrutura subjacente ao ordenamento jurídico. Gil, no entanto, não consegue delimitar e individualizar este objeto. Também não demonstra como operaria (mesmo no nível da ciência) o estruturalismo jurídico, deixando vago este problema.

No entanto, cabe ressaltar que as categorias criadas e usadas pelo estruturalismo, ainda são fundamentais para a análise das relações sociais, da política e do direito mostrando-se satisfatórias para a reflexão teórica na ciência jurídica. Com isto, AHG levanta a possibilidade de discutir o direito, longe dos padrões dogmáticos, que norteiam o conhecimento jurídico, abrindo espaço para novas reflexões.

NOTAS

- (01) ROCHA, Leonel Severo. A Democracia e o Conceito de Sistema. *Contradogmáticas*. São Paulo : Ed. Acadêmica, 1991. p. 30.
- (02) _____. Em Defesa da Teoria do Direito. *Sequencia*. Florianópolis: Ed. UFSC, 1991. p.08
- (03) WARAT, Luis Alberto. *Donde está el Derecho*. Iné *dito*
- (04) Para se ter uma melhor compreensão das críticas possíveis ao estruturalismo ver a obra Sociologia Política, de Roger-Gerard Schwartzenberg, que explica as várias correntes de superação do estruturalismo. Pode-se consultar também, Norberto Bobbio no seu livro Contribución a la Teoría del Derecho. São igualmente importantes as críticas de Luhmann e Foucault.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- . AYER, A.J. *Linguagem, Verdade e Lógica*. Trad. Ana Bela Mirante. Lisboa: Ed. Presença. 1991.
- . BARTHES, Roland. *Elementos de Semiologia*. Trad. Maria Margarida Baranhona. São Paulo: Ed. Cultrix. 1982.
- . BENVENISTE, Guille. *Problemas de Lingüística Geral*. Trad. Maria Gloria Novak e Maria Luiza Neri. Campinas: Ed. UEC. 1991.
- . BOBBIO, Norberto. *Contribución a la Teoria del Derecho*. Trad. Alonso Ruiz Miguel. Valência: Fernando Torres Editor. 1980.
- . _____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Brasília: Ed. Polis. 1989.
- . _____. *Teoria General del Derecho*. Trad. Eduardo Rosa Acuña. Bogotá: Ed. Temis. 1987.
- . _____. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Ed. Brasiliense. 1979.

- _____ . *O Conceito de Socieddade Civil.*
Trad. Carlos N. Coutinho .Rio de Janeiro: Ed. Graal.
1982.
- _____ . *El problema del Positivismo*
Jurídico. Trad. Ernesto G. Valdéz. Buenos Aires : Ed.
EUDEBA. 1965.
- EHRLICH, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito.*
Trad. René Gertz. Brasília: Ed. UNB. 1986.
- FERRAZ Jr. Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito.* São
Paulo: Ed. Atlas. 1977.
- _____ . *Introdução ao Estudo do Direito.*
São Paulo: Ed. Atlas. 1988.
- GIL, Antonio Hernández. *Metodologia de la Ciencia del*
Derecho. Vol I. Madrid: Ed. Uguina. 1971.
- _____ . *Metodología de la Ciencia del*
Derecho Vol II. Madrid: Ed. Uguina. 1971.
- _____ . *Estructuralismo y derecho.* Madrid :
Ed. Alianza. 1973.
- _____ . *Problemas Epistemológicos de la*
Ciencia Jurídica. Madrid: Ed. Civitas. 1973.
- _____ . *A Ciencia Juridica Tradicional y su*
Transformación. Madrid: Ed. Civitas. 1981.

Conceptos Jurídicos

Fundamentales. Madrid: Ed. Espasa- Calpe. 1987.

- . HART, H.L.A. **O Conceito de Direito.** Trad. Ribeiro Mendes.
Lisboa: Ed. Calouste Gulbekian. s/d
- . HOFFE, Otfried. **Justiça Política.** Trad. Ernildo Stein.
Petrópolis: Ed. Vozes. 1991.
- . Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 4ª ed. Trad. João
Batista Machado. Coimbra: Ed. Arménio Amado. 1976
- . LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** Trad.
José Lamego. Lisboa: Ed. Calouste Gulbekian. 1989.
- . LÉVI-STRAUSS, Claude. **Antropologia Estrutural.** Trad.
Chaim Samuel Katz e Egnard Pires. Rio de Janeiro : Ed.
Tempo Brasileiro, 1985.
- . MERQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo.** Trad. Henrique
de Araújo Mesquita. Rio de Janeiro : Ed. Nova
Fronteira, 1991.
- . MORA, José Ferrater de. **Ortega y Gasset.** Barcelona : Ed.
Seix Barral, 1963.
- . PUCEIRO, Enrique Zuleta. **Teoria del derecho.** Buenos Aires
: Ed. Depalma, 1987.

- ROCHA, Leonel Severo. *A problemática jurídica : uma introdução transdisciplinar*. Porto Alegre : Ed. Sérgio Fabris, 1985.
- _____. *O sentido político da teoria pura do direito*. Sequência nº 9. Florianópolis : Ed. da UFSC, jun/1984.
- _____. *"Em defesa da teoria do direito"*. Sequência nº 23. Florianópolis : Ed. UFSC, dez/1981.
- _____. *A democracia e o conceito de sistema*. Contradogmáticas. São Paulo : Ed. Acadêmica, 1991.
- SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística geral*. Trad. Antônio Chelini et alii. São Paulo : Ed. Cultrix, s.d.
- STEGMULLER, Wolfgang. *A filosofia contemporânea*. Vol. I. São Paulo : Ed. Universitária e Pedagógica, 1977.
- _____. *A filosofia contemporânea*. Vol. II. São Paulo : Ed. Universitária e Pedagógica, 1977.
- VIEHWEH, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz. Brasília : Ed. da Universidade de Brasília, 1979.

- WARAT, Luis Alberto; ROCHA, Leonel Severo e CITTADINO, Gisele. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre : Ed. Sérgio Fabris, 1984.
- *A pureza do poder*. Florianópolis : Ed. da UFSC, 1983.
- *Donde está el derecho?* Inédito, 1993.